

RAQUEL DENIZE STUMM

**O PODER JUDICIÁRIO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS
SOCIAIS**

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de doutor. Curso de Pós-graduação em Direito do Estado, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève.

Curitiba
2001

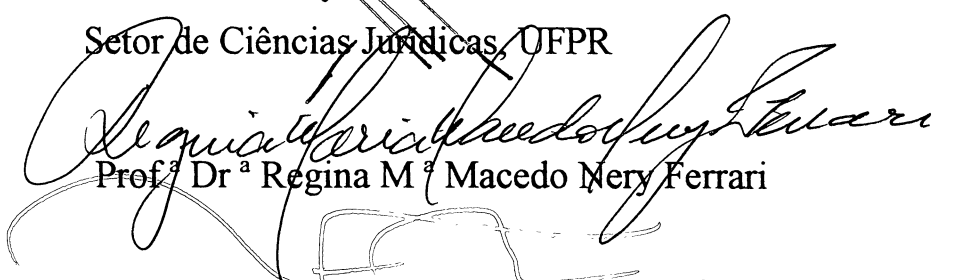
RAQUEL DENIZE STUMM

O PODER JUDICIÁRIO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Tese aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de doutor na Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito, Curso de Pós-Graduação em Direito, Doutorado em Direito do Estado, pela Banca Examinadora integrada pelos professores:

Orientador: Prof. Dr. Clemerson Merlin Clève

Setor de Ciências Jurídicas, UFPR



Prof.^a Dr.^a Regina M.^a Macedo Mery Ferrari

Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho



Prof. Dr. José Antonio Peres Gediel



Prof. Dr. Luiz Vergilio Dalla Rosa

SUMÁRIO

Resumo.....	v
<i>Abstract</i>	vi
Apresentação.....	vii
Introdução.....	1
A – A estrutura dos direitos fundamentais.....	3
1) A dimensão objetiva dos direitos fundamentais.....	6
a) A Lei não é mais a única fonte do Direito.....	8
B – A função de prestação.....	14
1) A função de prestação em sentido amplo.....	26
a) Direitos à proteção.....	26
a.1) O mínimo de proteção social do Estado de Direito.....	27
a.2) Direitos fundamentais que garantem o desenvolvimento da personalidade.....	29
a.2.a) A eficácia horizontal dos direitos fundamentais.....	32
b) Direitos à participação.....	33
b.1) Direito à participação (<i>Teilhaberecht</i>).....	35
b.2) Direito subjetivo público.....	37
b.2.1) Garantias processuais.....	39

2) A função de prestação em sentido estrito.....	41
a) Os fins normativos formulados expressamente.....	44
a.1) Classificação dos fins normativos da Constituição.....	46
a.1.1) Preceitos programáticos (<i>Programmsätze</i>).....	46
a.1.2) “Direitos fundamentais sociais”.....	50
a.2) Direito político.....	52

I - Imposições Constitucionais (*Verfassungsaufträge*) ou Imposições Legislativas (*Gesetzgebungsaufträge*).....57

A – Intervencionismo.....	60
B – O Estado como coordenador de políticas públicas.....	70
1) Planificação estatal.....	70
a) Lei, regulamento e ato administrativo.....	77
b) Limites da planificação estatal.....	78
a.1) A globalização.....	79
a.2) <i>Lex Mercatoria</i>	79
2) Políticas públicas.....	81
a) Discriminação positiva.....	83
b) A “vedação do retrocesso social” (<i>soziales Rückschrittsverbot</i>).....	92

II - Determinações de objetivos do Estado (*Staatszielbestimmungen*)...97

A – Os limites constitucionais.....	102
B – A densidade normativa constitucional.....	108

1) Direitos humanos e direitos fundamentais.....	109
a) Pluralismo.....	114
2) A moral e o Direito.....	121
Conclusão.....	136
Bibliografia.....	138

RESUMO

A presente tese analisa o conceito de “direitos fundamentais sociais” sob o ângulo da obrigação de implementar políticas do Estado, defendendo a juridicidade do vínculo que se estabelece entre o cidadão e o Estado Social e Democrático de Direito. Analisa-se através dessa perspectiva a possibilidade de controle de atos político-jurídicos pela Corte Constitucional.

ABSTRACT

The present thesis analyzes the concept of “basic social rights” under the aspect of duty of implementing state policies and the defense of law in the relationship established between the citizen and the Welfare State and Democracy. Within this perspective, an analysis is conducted of the possibility of regulation of politic and juridical acts by the Supreme Court.

APRESENTAÇÃO

Os “direitos fundamentais sociais” localizam-se principalmente no capítulo “Dos Direitos Sociais”, a partir do art. 6º, da Constituição Federal de 1988. No artigo 6º, está escrito que “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e infância, a assistência aos desamparados”. No capítulo “Da Ordem Social”, artigos 193 a 232, há a complementação das normas de direito social do artigo 6º e seguintes, de modo que as normas de direitos sociais devem ser buscada num e noutro capítulo. Também o capítulo da Ordem Econômica, artigos 170 a 192, trata dos “direitos fundamentais sociais”. Outras complementações são encontradas nas regras que disciplinam as competências na Constituição Federal.

A expressão “direitos sociais” utilizada no texto constitucional pátrio é a forma abreviada dos “direitos econômicos, sociais e culturais”.

José Afonso da Silva agrupa em cinco classes os direitos sociais:

“a) direitos sociais relativos ao trabalhador; b) direitos sociais relativos à seguridade, compreendendo os direitos à saúde, à previdência e à assistência social; c) direitos sociais relativos à educação e à cultura; d) direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso; e) direitos sociais relativos ao meio ambiente”¹.

¹ José Afonso da Silva. Poder Constituinte e Poder Popular (Estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2000, p. 199.

A opção² quanto aos “direitos econômicos, sociais e culturais” como direitos autônomos é justificada pela sua impossibilidade de imediata aplicação, requerendo uma programação política e jurídica para implementar progressivamente as obrigações positivas do Estado. Os direitos econômicos e sociais têm no direito ao trabalho o seu núcleo significativo; e os direitos culturais, tais como o direito à educação, direito à participação na vida cultural, liberdade de pesquisa científica e de atividade criadora, direito à propriedade intelectual, o têm no direito à educação.

Devido aos objetivos superiores para a sociedade, não se pode confundir “direitos fundamentais sociais” com direitos sociais. Os “direitos fundamentais sociais” diferenciam-se dos direitos sociais pelo fato de não necessitarem de uma lei infra-constitucional para produzirem efeitos jurídicos. Ao adquirirem o *status* de normas constitucionais, as questões sociais tornam-se jurídicas, independentemente da complementação do legislador. Apesar de incompleta, uma norma de “direito fundamental social” possui um conhecimento teórico que lhe é imanente e que precisa ser elucidado para ultrapassar o obstáculo do instituto da “reserva do possível”.

É justamente a perquirição da natureza do vínculo dos “direitos fundamentais sociais”, como normas constitucionais incompletas, o objeto do presente trabalho. Será que as políticas públicas são meras iniciativas político-partidárias ou necessárias para a realização do conteúdo de uma norma de direito fundamental de segunda geração, como é o caso do direito à moradia, onde a Constituição Federal de 1988, no artigo 23, inciso IX, disciplina que é da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e

² As raízes da dicotomia entre os direitos fundamentais liberais ou “direitos civis e políticos” e os “direitos econômicos, sociais e culturais” advém, segundo Antônio Augusto Cançado Trindade, da “fase legislativa de elaboração dos instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos, mormente a decisão tomada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1951, de elaborar, ao invés de um Pacto, dois Pactos Internacionais de Direitos Humanos, voltados, respectivamente, às duas categorias de direitos.” (Cfr. “A Questão da Implementação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Evolução e Tendências Atuais”, in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte: UFMG, 71, 1990, p. 7 ss. (p. 9)).

dos Municípios a promoção de programas de construção de moradias; ou como é o caso da busca do pleno emprego previsto no artigo 170, inciso VIII, da Constituição Federal de 1988, como um dos princípios da ordem econômica?

A Constituição Federal de 1988 institui através de seu preâmbulo o Estado Democrático com o propósito de assegurar os direitos sociais e individuais. No seu texto, artigo 1º, inciso IV, está escrito que os valores sociais do trabalho e também da livre iniciativa formam um dos elencados fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro. Firma-se dessa forma uma garantia de realização dos “direitos fundamentais sociais”. Por isso, esses direitos são dinâmicos, uma vez que envolvem política e direito na imprescindível ação desenvolvimentista da sociedade. Por isso, as normas constitucionais de cunho social são dirigidas para o futuro. Na categoria “direitos fundamentais sociais” encontram-se normas que visam dar o direcionamento à sociedade, segurança jurídica para diversas categorias sociais e a obrigação de implementação de infra-estrutura para o gozo de direitos fundamentais. Trata-se de normas que proporcionam uma atitude emancipatória para a realização do seu conteúdo, pois as minorias políticas participam do desenvolvimento do Direito.

Os percalços que envolvem a sua efetivação não impedem a juridificação das questões sociais. A justiça social não deve ser vista como algo não integrante ao Direito, como na clássica separação kelseniana entre o plano do ser e do dever-ser, pois o plano político e o plano jurídico não podem ser contrapostos, ao contrário, devem ser vistos como integrantes da mesma realidade social. Por isso, o Juiz constitucional, ao dizer o Direito, deve considerar a justiça social como obrigação imposta pelo sistema jurídico, pelo Estado de Direito.

Os limites da obrigação jurídico-social do Estado é o grande dilema para a dogmática jurídica: conciliar direitos individuais com interesses coletivos, sendo que o Estado não é mais o ordenador, como figura contraposta à sociedade, mas elemento integrado a ela. Toda decisão política deve ser legítima. A noção de legitimidade faz com que o conceito de Direito, construído a partir de um modelo repressivo e voltado para acontecimentos

passados, não consiga mais dar resposta satisfatória às reais necessidades de uma sociedade pluralista e aberta ao inesperado. Ao Direito incumbe dar racionalidade e confiança aos não mais súditos de um Estado mas agora participantes da formação da vontade do Estado Democrático.

“Direitos fundamentais sociais” constituem-se na inovação constante do sistema jurídico, sendo o seu oxigênio. Eles forçam uma mudança de perspectiva para o conceito de Direito, que não é mais apenas direito individual. Os fatos históricos impõem a necessidade de harmonizar o bem comum e a liberdade individual, que não podem ser concebidos como grandezas antagônicas e absolutas. A amarga experiência do nacional-socialismo na Alemanha trouxe a lição de que é necessário limitar o poder de uma maioria que assume o poder estatal, acreditando tudo poder em benefício de uma sociedade, que se acredita homogênea. A conciliação entre responsabilidade social do indivíduo e os limites para a realização dos fins coletivos, a fim de que não sufoque o indivíduo em prol do coletivo, é o tema subjacente aos “direitos fundamentais sociais”.

Os direitos fundamentais, enquanto gênero, demarcam o espaço do Estado e do cidadão. Toda intervenção estatal implica em limitação dos direitos fundamentais. Diminuída essa intervenção pela idéia de um Estado mínimo, defendida pelo neoliberalismo, há o crescimento da outra grandeza que está colocada do outro lado da balança, que é a necessidade de ampliação do espectro de atuação dos direitos fundamentais. Significa que, apesar dos “direitos fundamentais sociais” imporem uma revisão nos direitos fundamentais, eles não implicam numa necessária destruição dos direitos fundamentais clássicos. A dogmática desenvolvida para os direitos fundamentais trata-os como objetivos políticos de uma sociedade, que foram juridificados e agora formam os fins normativos a serem alcançados.

A problemática da natureza dos “direitos fundamentais sociais” está no fato de que são normas constitucionais que estão fortemente ligadas à realidade social. O maior perigo é a ideologização do direito, a instrumentalização do direito. A intenção da dogmática constitucional vai no sentido de tornar a política vinculada ao direito, e não este

subordinado à política. Como a Constituição vincula ilimitadamente o legislador e todos os aplicadores do direito, ela tornou-se um fator limitante para a política. Por outro lado, a Constituição não está conseguindo ter uma efetividade total. Tal crise do Direito se revela no fato da limitação do legislador, pois matérias mais complexas típicas do Estado Social atendem a um programa condicional ou finalístico instituídos pela Constituição. A procura de um novo paradigma resulta numa crise do Direito, que ocorre na Alemanha no início dos anos 50, com o direito objetivo. A questão é como garantir a justiça social através da justiça jurídica.

O PODER JUDICIÁRIO E OS “DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS”

Introdução

Apesar de controversa¹ a sua existência, a expressão “direitos fundamentais sociais” é encontrada na dogmática alemã de direitos fundamentais. Na taxonomia das funções dos direitos fundamentais elaborada pela dogmática alemã dos direitos fundamentais², as cinco funções desses direitos são: de defesa, de proteção, de participação, função democrática e institucional (que é reflexo do caráter objetivo dos direitos fundamentais). Tais funções não podem ser entendidas como funções estanques, incomunicáveis umas das outras. As funções de proteção (*Schutzfunktion*) e a de prestação (*Leistungsfunktion*), por exemplo, destacam-se pelo *status positivus* que desempenham.

¹ Ricardo Lobo Torres lembra que a existência de “direitos fundamentais sociais” ou *soziale Grundrechte* é controversa, pois não há no texto da Lei Fundamental alemã a previsão expressa desses direitos (cfr. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos, *in* Teoria dos Direitos Fundamentais. Ricardo Lobo Torres Organizador. 2^a Ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 243 ss. (pp. 282 ss)).

² Cfr. Walter Schmidt. Grundrechtstheorie im Wandel der Verfassungsgeschichte, *in* Jura (1983) 169 ss, p. 171. No Brasil, ver sobre a classificação dos “direitos fundamentais sociais” em Ingo Wolfgang Sarlet. Os

O *status positivus* deve ser compreendido dentro de uma concepção que diferencia obrigação e dever³, onde o dever é individualizado e a obrigação não, como bem ensina Carlos Santiago Nino,

“... um dever (como um direito) é individualizado, no sentido de que sempre pressupõe um titular; [no caso da obrigação] ao contrário, o que algo deva ser ou deva fazer-se não pressupõe necessariamente que haja alguém especialmente encarregado de sua concreção”⁴.

Seguindo essa diferenciação, a exigência de atuação positiva do Estado no direito de prestação (*Leistungsrecht*) é uma obrigação do Estado e o direito à proteção é um dever do Estado. Uma norma constitucional que exija um comportamento positivo do Estado para que ela possa se completar, como no caso do direito à moradia ou do direito ao trabalho, ambos inscritos no artigo 6º, *caput* da Constituição Federal de 1988, possui um objeto constituído pelas prestações ou ações a que o Estado está obrigado. No que tange ao objeto, as normas de direito fundamental prestacional diferem das normas de direito fundamental clássico. O objeto dos direitos fundamentais é constituído por bens (*Güter*), que são as necessidades humanas, que devem ser satisfeitas pelo sistema jurídico⁵. Enquanto nos direitos à liberdade o objeto a ser reivindicado já existe e, por isso, é garantido, nos direitos fundamentais pretacionais o objetivo é justamente dar condições de acesso a determinados bens imprescindíveis à vida, tais como renda, saúde, educação, liberdade religiosa, devido processo legal.

“direitos fundamentais sociais” na Constituição de 1988, *in* O Direito Público em tempos de crise (Estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 129 ss. (p. 145).

³ Dever e obrigação e seus correlatos significados em inglês: *ought to* e *duty*, e em alemão: *sollen* e *Pflicht*.

⁴ Cfr. *Ética y derechos humanos (un ensayo de fundamentación)* 2. Ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, p. 38.

⁵ René L. Frey. *Gerechtigkeit, soziale Grundrechte und Ökonomie*, *in* *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel: Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag*. Georg Müller (Hrsg.), Basel; Frankfurt am Main; Helbing und Lichtenhahn, 1982, 225 ss., p. 226.

A - A estrutura dos direitos fundamentais

A estrutura dos direitos fundamentais é dada pelo âmbito da garantia e pela reserva legal. O âmbito da garantia é o comando determinado da norma, significando uma justificação do Direito dentro do Direito natural⁶, como pretendia o iluminismo, onde os direitos seriam naturais, inalienáveis e absolutos. Por isso, na redação de um direito fundamental clássico consta uma garantia de realização imediata. É com os estóicos que surge o direito natural, mas somente no início da idade moderna que surge o direito subjetivo, como uma idéia de liberdade e poder individual, como garantia. A liberdade e a propriedade, como valores admitidos no sistema normativo, passam a ter contornos próprios, num claro sinal de limitação ao poder do Estado. Tais valores são tomados como fundamento da autonomia do indivíduo frente à autoridade.

Muitas das liberdades públicas⁷ configuram hoje garantias constitucionais, como por exemplo, o direito à vida (art. 5º, *caput*), liberdade de expressão e de criação (art. 5º, incs. IV e IX); liberdade de informação (art. 5º, incs. XIV e XXXIII) e liberdade de locomoção (art. 5º, incs. XV). Essas garantias constitucionais destacam-se dos direitos subjetivos públicos por reivindicarem uma atitude abstencionista do Estado,

⁶ Karl Engisch. *La idea de concrecion en el Derecho*. Madrid, 1968. p. 209.

⁷ A idéia de liberdades públicas é defendida, principalmente, pelos franceses, como um direito natural, mas que foi positivado, não se distinguindo muito da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Liberdades públicas são “*os direitos do homem que sua consagração pelo Estado fez passar do direito natural para o direito positivo*” (Cfr. Jean Rivero. *Les libertés publiques (Les droits de l’homme)*. Paris: Thémis, 1973, p. 17). Liberdades públicas e direitos do homem não se encontram no mesmo patamar, segundo Jean Rivero, porque “a noção de direitos do homem se situa fora e acima do direito positivo”, diferentemente da noção de liberdade pública, que se situa no plano do direito positivo. A única diferença entre os dois é a positividade, que, no entanto, como não há a possibilidade de fiscalização quanto à justiça da lei, possui apenas uma conotação política ou moral. Na França, “o Conselho Constitucional trata em condições de igualdade os direitos provenientes da Declaração de 1789 e os que derivam do Preâmbulo de 1946” (Cfr. Louis Favoreu e Francisco Rubio Llorente. *El bloque de la constitucionalidade*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1991, p. 30). Os franceses não aceitam a interferência judicial no controle da lei.

caracterizada como função de defesa dos direitos fundamentais. *Abwehrrecht* ou direito de defesa (*status negativus*) é aquele que assegura posições de proibir interferências do Estado e pretensões negativas contra os direitos fundamentais⁸. Aqui o Estado é o destinatário da norma; é o inimigo da liberdade.

Enquanto o âmbito da garantia⁹ designa genericamente os interesses do indivíduo e prevê a autodeterminação individual, a reserva legal significa uma intervenção (*Eingriff*), ou seja, uma limitação admitida pela própria norma de direito fundamental. A reserva legal demarca as possibilidades para limitações impostas ao âmbito da garantia. A reserva de lei ou princípio da legalidade exige um fundamento legal para cada intervenção do Estado, que antes das duas grandes guerras mundiais, era restrita à fórmula “propriedade e liberdade”.

O legislador pode limitar ou dar forma concreta aos direitos fundamentais, correspondendo, respectivamente, à reserva de lei e à reserva do parlamento, as quais cobrem necessidades diferentes e estão lado a lado¹⁰. É importante enfatizar que a reserva de lei (*Gesetzesvorbehalt*) ou princípio da legalidade não é o mesmo que reserva do parlamento (*Parlamentsvorbehalt*). A primeira é fixada pela intervenção (*Eingriff*), a segunda não.

Para que os direitos fundamentais tenham condições de determinabilidade é necessário esclarecer os contornos do âmbito normativo de cada direito fundamental. A determinação do âmbito do direito fundamental não se confunde com a restrição do exercício de direitos fundamentais. Para que ocorra uma restrição antes deve ter sido determinado o conteúdo do direito fundamental¹¹. Ao legislador cabe a determinação do âmbito normativo do conteúdo em sentido objetivo do direito fundamental. Nesse trabalho de determinação do âmbito normativo, a Constituição é dependente

⁸ Klaus Stern. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Bd. II/1988, p. 569.

⁹ Hans-Ullrich Gallwas. Grundrechte. Frankfurt am Main: Alfred Metzner Verlag, 1985, p. 27.

¹⁰ Herbert Bethge. Der Grundrechtseingriff, in VVDStRL 57 (1998) 7 ss., p. 32.

principalmente do trabalho do legislador infraconstitucional. Daí a afirmação de Peter Häberle de que “normas gerais e os direitos fundamentais limitam-se uns aos outros”¹², pois estão na mesma hierarquia que os direitos fundamentais. É nesse sentido que deve ser compreendida a conceituação de direitos fundamentais proposta por Herbert Bethge:

“Os direitos fundamentais são direitos da minoria, aos quais a decisão da maioria democrática impõe limites”¹³.

O significado das normas gerais para os direitos fundamentais está na determinação do âmbito normativo. O âmbito normativo é formado por elementos da realidade jurídica que são apreendidos pelo programa normativo. O âmbito normativo é o segmento da realidade social. A cada limitação imposta a um direito fundamental dá o legislador uma forma concreta, uma determinação ao seu conteúdo¹⁴.

A reserva do parlamento é uma “maneira superlativa da reserva da lei”¹⁵. Do reconhecimento do pluralismo de interesses decorre que a reserva de lei não mais pode ficar restrita à fórmula “propriedade e liberdade”, alcançando hoje a exigência de lei escrita também, por exemplo, subvenções e planificações. R. Ehrardt Soares escreve sobre o princípio da legalidade, onde deve-se apreciar a

“gravidade de cada uma das ofensas potenciais a valores mais ou menos vivamente sentidos pela comunidade, num certo momento histórico; de tal modo que um sector pouco sensibilizante, como o da

¹¹ J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3.^a ed. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 149.

¹² Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz (ob. cit., p. 34).

¹³ Der Grundrechtseingriff, in VVDStRL 57 (1998) 7 ss., p. 36.

¹⁴ Peter Häberle. *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz (Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis des Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt)*. 3. Aufl., Heidelberg: Müller Juristischer Verlag, 1983, p. 180.

¹⁵ R. Ehrardt Soares. Princípio da legalidade e Administração constitutiva, In *Boletim da Faculdade de Direito (Universidade de Coimbra)*, 1981, Vol. LVII, pp. 168 ss. (p. 182).

energia, podem surgir questões altamente comovedoras da consciência colectiva, do estilo das da energia atômica. É esta extensão da reserva de lei que se verifica hoje em várias situações essenciais: a segurança social, as subvenções públicas às empresas, a planificação, etc. Naturalmente, o quadro está em evolução, porque nele se exprime representações mutáveis de cada comunidade”¹⁶.

A reserva parlamentar possibilita a legitimação democrática para a atuação do legislador. O parlamento ocupa um papel de destaque por seus métodos abertos a discussão pública, propiciando o embate de interesses divergentes. Por isso, a harmonização de interesses contrários na sociedade é decisão do legislador, que para tanto é legitimado por um processo democrático. Retirando essa possibilidade de exercício democrático de harmonização de interesses, estaria-se criando privilégios: pelo princípio “*prior in tempore, potior iure*” (antes no tempo que no direito), ou seja, quem primeiro reclama, recebe seu “direito”¹⁷.

O legislador determina o real conteúdo, tendo como guia necessário e obrigatório o sentido e a finalidade de cada afirmação de direito fundamental.

1) A dimensão objetiva dos direitos fundamentais

As normas de direito fundamental devem ser interpretadas como um todo, como uma ordem de valores, uma vez que essas normas exercem uma influência recíproca umas sobre as outras. A interpretação de cada uma das normas jurídicas é o resultado da totalidade do ordenamento¹⁸. Robert Alexy elenca alguns princípios fundamentais da Constituição que possuem de alguma maneira um conteúdo moral, politicamente

¹⁶ Cfr. Princípio da legalidade e Administração constitutiva, in Boletim da Faculdade de Direito (Universidade de Coimbra), 1981, Vol. LVII, pp. 168 ss. (p. 184).

¹⁷ Winfried Brohm. Soziale Grundrechte und Staatszielbestimmungen in de Verfassung (Zu den gegenwärtig diskutierten Änderungen des Grundgesetzes). JZ 1994 (5) 213 ss., p. 216.

vinculante: a dignidade humana (Art. 1º, parágrafo 1º, alínea 1ª, da Lei Fundamental alemã; e Art. 1º, inciso III, da Constituição Federal brasileira de 1988), a liberdade (Art. 2º, parágrafo 1º, alínea 1ª, da Lei Fundamental alemã; e Art. 5º, *caput*, da Constituição Federal brasileira de 1988), a igualdade (Art. 3º, parágrafo 1º, da Lei Fundamental alemã; e Art. 5º, *caput*, da Constituição Federal brasileira de 1988), o Estado de Direito (Art. 28, parágrafo 1º, alínea 1ª, da Lei Fundamental alemã; e Art. 1º, *caput*, da Constituição Federal brasileira de 1988), a Democracia (Art. 20, parágrafo 1º, da Lei Fundamental alemã; e Art. 1º, *caput*, da Constituição Federal brasileira de 1988) e o Estado Social de Direito (Art. 20, parágrafo 1º, da Lei Fundamental alemã; e Art. 3º, da Constituição Federal brasileira de 1988, onde estão especificados os conteúdos do Estado Social de Direito, sem mencioná-lo expressamente)¹⁹.

Visando proteger a liberdade individual em sentido amplo, a vinculatoriedade dos Poderes públicos aos direitos fundamentais decorre não apenas da imposição de abstenção que esses direitos impõem àqueles Poderes²⁰. O artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988 vincula diretamente os três poderes do Estado aos direitos à liberdade, alcançando também a função de proteção (*status positivus*). As três funções de Estado estão vinculadas à obrigação de proteção, sendo que a atuação da Administração ocorre quando há falta de norma de proteção e em casos de conflito, quando também a Jurisdição será chamada²¹. Cabe à Jurisdição o controle sobre a observância da obrigação de proteção pelos outros órgãos²². Por causa do efeito

¹⁸ Miguel Reale. O Direito como experiência (Introdução à Epistemologia Jurídica). São Paulo: Saraiva, 1968, p. 139.

¹⁹ Robert Alexy. Begriff und Geltung des Rechts. Freiburg, München: Alber, 1994, p.130.

²⁰ Gilmar Ferreira Mendes. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. São Paulo: Celso Bastos Ed., 1998, p. 207. Quanto à vinculação positiva dos poderes, Flávia Piovesan defende a tese de que ela decorreria do art. 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal, que impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais (Cfr. Constituição e Transformação Social: A Eficácia das Normas Constitucionais Programáticas e a Concretização dos Direitos e Garantias Fundamentais, *in* Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (RPGESP), n. 37 (1992), pp. 63 e ss. (p. 73)).

²¹ Klaus Stern. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Bd. II/1988, p. 950.

²² Klaus Stern. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Bd. II/1988, p. 951.

imediatamente, o gênero “direitos fundamentais” é reconhecido pela intenção de proteção e de garantia do indivíduo em sentido amplo²³.

A idéia de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais não é nova. Ela já estava presente na dogmática dos direitos fundamentais na época da Constituição de Weimar através da garantia institucional, que traz determinados direitos fundamentais para uma categoria constitucional de *não-escritos*, como conceito geral.

Na Constituição de Weimar, não havia nenhuma norma expressa quanto à vinculação do legislador e, portanto, nenhuma norma que dissesse expressamente que a Constituição é que deveria prevalecer. A teoria dos direitos fundamentais tentava a partir da garantia institucional dar ao texto constitucional o *status* de superioridade frente à lei infraconstitucional, mas falhou por não conseguir, no nível constitucional, resolver conflitos de direitos fundamentais. A Lei Fundamental de Bonn adotou as mesmas teorias dos direitos fundamentais em seu texto, apesar de ter mudado as condições constitucionais. Para resolver tal impasse atribuiu-se à Constituição pela primeira vez “– também diante do legislador – força vinculativa ilimitada”²⁴.

a) A Lei não é mais a única fonte do Direito

Deve-se a Rousseau o dogma: “a lei é expressão da vontade geral” e significa que cabe ao povo a criação do direito. A vontade geral é subentendida como vontade da maioria, que é o compromisso entre interesses conflitantes. A “*volonté générale*” imprime à lei uma força legitimadora que coloca o Estado em consonância com o mundo dos valores, num claro repúdio ao poder absoluto que se justificava na mera “razão de Estado”. Daí o

²³ Böckenförde/Grawert. Kollisionsfälle und Geltungsprobleme im Verhältnis von Bundesrecht und Landesverfassung, *in* DÖV 1971, p.121.

²⁴ Konrad Hesse. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha (ob. cit. pp. 165-166).

Estado moderno confundir-se com a lei, por ela lhe dar vida e ao mesmo tempo justificar a sua existência.²⁵

O dogma da lei como expressão da vontade geral libera o legislador da submissão à Constituição, mesmo que em realidade a lei seja aprovada por uma maioria governante de um determinado momento. Foi com o formalismo jurídico-científico do século XIX que “a criação do direito transitou para as mãos do legislador”²⁶. A lei não era a única fonte de direito, pois havia espaço para padrões morais, não se exigindo, porém, do direito escrito uma relação, nem positiva, nem negativa, com a religião, filosofia ou história. A democracia moderna aceitou

“a representação popular como expressão da vontade geral (*volonté générale*) e a maioria legislativa como fonte exclusiva de direito, erigindo ambas em único requisito de validade geral da lei”²⁷.

As transformações ocorridas com o princípio da maioria repercutem na vinculação do legislador, pois a Lei não é mais um ato de livre escolha nos fins de uma maioria. Agora a Lei é um ato vinculado à Constituição. O entendimento de lei como única fonte do direito modifica-se. A soberania do legislador deve se curvar à vontade da maioria constituinte, que a partir do momento em que é incorporada numa lei superior, a Constituição passa a ter força normativa própria, impulsionada pelo Estado Social de Direito.

Agora, os conflitos entre interesses divergentes devem ser resolvidos pelo Estado, não como elemento estranho à sociedade, mas como elemento integrado à ela. A oposição entre Estado e sociedade, típica do Estado liberal, significava oposição entre político e social, como pudesse haver temas não políticos, ou seja, neutros. Rudolf Smend propõe

²⁵ Rudolf Smend. *Constitucion y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 160.

²⁶ Franz Wieacker. *História do Direito Privado Moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 646.

uma teoria integracionista²⁸, ou integração da sociedade em si mesma, transformando-se num Estado, revendo, dessa forma, a dicotomia entre político e jurídico. Ele critica as teorias que não explicam o processo integratório do político com o jurídico, mas que, ao contrário, procuram explicar esse fenômeno apenas como uma separação entre ser e dever ser. Ele descarta tal entendimento com base no argumento de que o fato político pode até mesmo alterar a Constituição, criando direito, como fonte extraordinária de direito constitucional (uma vez que não está compreendido na teoria tradicional das fontes do direito constitucional). A sua interpretação integradora da Constituição pretende demonstrar que a decisão soberana que cria o Estado, ou seja, a Constituição, identifica-se com a capacidade de autoconfiguração política. Na busca científica da justificação de sua teoria integracionista como teoria constitucional, diz Smend que:

“Enquanto Direito positivo, a Constituição é norma, porém também realidade; enquanto Constituição, é também realidade integradora, integração que se realiza historicamente, ... Esta eficácia integradora não é fruto da Constituição, entendida como um ‘momento estático e permanente na vida do Estado’, senão antes da continua criação e renovação da dinâmica constitucional”²⁹.

Carl Schmitt sintetiza a teoria integracionista de Rudolf Smend ao dizer que:

“Trata-se de fato, do Estado total, que nada mais reconhece como absolutamente apolítico e que exige a abolição das despolitizações do século XIX e liquida especialmente o axioma da economia livre em relação ao Estado (não-política) e do Estado livre em relação à economia”³⁰.

²⁷ Franz Wieacker. História do Direito Privado Moderno, ob. cit., pp. 647-648.

²⁸ Cfr. *Constitucion y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, págs.: 126-127.

²⁹ Ob. cit. p. 136.

Realmente, a positivação dos direitos sociais fizeram surgir a Constituição econômica³¹, limitando o fato econômico, não apenas do ângulo dos direitos individuais, mas também do ângulo dos direitos coletivos³².

Na ordem jurídica liberal, havia uma divisão entre sociedade e Estado, sendo que as contradições e os conflitos sociais seriam solucionados no domínio da sociedade civil, uma vez que pelo texto da Constituição todos poderiam teoricamente ser proprietários e gozarem de liberdade econômica. Todos gozavam de uma liberdade abstrata e formal. A igualdade no exercício da soberania garantia a consistência interna da Constituição e da ordem jurídica. A contradição entre proprietários e desprovidos de bens materiais só vai ficar evidente quando se trata da realidade econômica.

Quando os conflitos ideológicos entre interesses do empresário e a proteção do trabalhador são retratados no texto constitucional, as liberdades deixam de ser abstratas para se tornarem concretas. Nessa perspectiva, pode-se afirmar que os “direitos fundamentais sociais” são um objetivo coletivo em uma sociedade industrial, pois quem não possui outro bem além da sua força de trabalho, tem de através dela ganhar a sua liberdade.

W. Friedmann admite que o Estado Social é uma estratégia do capitalismo moderno, que admite restrições legais à propriedade privada no sentido de constituírem-se em alternativas ao socialismo³³. O receio de perder o regime jurídico da propriedade

³⁰ Cfr. O conceito de político. Petropolis: Vozes, 1992, p. 50.

³¹ Vital Moreira. A ordem jurídica (do capitalismo). 4. Ed. Lisboa: Caminho, 1987, p. 182. No Brasil, os direitos sociais fazem parte da Constituição econômica da Constituição Federal de 1988, que é formada pela Ordem Econômica (Artigos 170 a 192), pela Ordem Social (Artigos 193 a 232) e pelos Direitos Sociais (Artigos 6º a 11).

³² Luís Afonso Heck. Hermenêutica da Constituição Econômica. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, n. 113, jan/mar 1992, págs. 415-446 (p. 436).

³³ Friedmann afirma que: “As obrigações sociais têm sido com frequência o preço que tem de pagar para que continue o controle privado sobre os recursos produtivos da nação” (ob. cit., p. 92).

privada para um regime socialista fez com que o capitalismo aceitasse restrições à propriedade.

As obrigações sociais que são inerentes à função social da propriedade fazem parte da concepção que não se reconhece direitos fundamentais isoladamente. O direito de propriedade deve assegurar a satisfação de necessidades da comunidade. Assim, só terá proteção ao seu direito de propriedade, quem preencher os requisitos estipulados em leis e atos infraconstitucionais, que dão legitimação ao título de propriedade. A propriedade tem de atender a um fim social para ser legítima. A legitimidade pretende ser uma superação do conceito de lei baseado na distinção clássica entre Estado e Sociedade, a fim de possibilitar uma flexibilização e racionalização no atendimento das tarefas do Estado Social de Direito.

A tomada de consciência da divergência de interesses entre os cidadãos implica no alargamento do âmbito constitucional, não significando, porém, que a Constituição consiga conter totalmente a política, o que seria, segundo Dieter Grimm, praticamente impossível, pois

“uma tal interna despolitização da aplicação do direito exige que o legislador determine por completo as normas jurídicas para o caso concreto. As mudanças sociais, entre outros fatores, mostram que essa ordem jurídica não é possível”³⁴.

É bem verdade que a Constituição representa uma idéia de limite, não havendo ato de poder do Estado que não se vincule a ela, nem que seja de forma negativa. No entanto, quem escolhe a política social a adotar é o legislador e não a Constituição³⁵. Nesse sentido, a Constituição não pode tomar o lugar da lei, como fonte total do *status*

³⁴ Dieter Grimm. Politik und Recht, in Grundrechte, soziale Ordnung und Verfassungsgerichtsbarkeit. Festschrift für Ernst Benda zum 70. Geburtstag. Eckart Klein (Hrsg.) 1995, 91 ss., p. 99.

³⁵ Peter Badura. Der Sozialstaat, in DÖV 1989 pp. 491-499, p. 494.

*positivus*³⁶. Realizar a justiça social é tarefa em primeira linha do legislador, uma vez que se vive uma ordem democrática. O legislador tem uma liberdade de valoração, que será apenas limitada pela Constituição, quando esta estabelecer concretamente os fins normativos e os meios materiais para a sua realização. Ao legislador fica resguardado, da ingerência judicial, um espaço para a “selecção das determinantes autónomas”³⁷, que compreendem a avaliação da adequação, oportunidade e eficiência da lei para atingir certos fins constitucionais.

A dogmática desenvolvida para os direitos fundamentais de defesa ou direitos de liberdade compreende três passos na avaliação de uma intervenção a um direito: o âmbito de protecção (*Schutzbereich*), que pode ser estendida aos direitos de prestação do Estado e com alguma dificuldade aos direitos de igualdade; intervenção por parte do Estado aos direitos fundamentais (*Eingriff*); e a justificação da intervenção (proporcionalidade). A intervenção em um direito fundamental somente é legítima, se atender fins constitucionais, passar por uma avaliação do princípio da proporcionalidade e se as regras de competência forem respeitadas.

Problemática é a aplicação do princípio da proporcionalidade no direito prestacional, uma vez que a protecção é dirigida ao indivíduo no Estado de Direito e o direito à prestação é dirigido a grupos no Estado Social de Direito. É o que ocorre com o direito à prestação, que não consegue determinar quantas serão as pessoas atingidas por uma ponderação de valores. O custo benefício de um fim é difícil de avaliar, quando o ganho ou a perda só pode ser determinado abstratamente e genericamente.

O Estado de Direito é o Estado da separação dos poderes e, por isso, o controle jurídico da atividade do Estado é exercido por este Estado, e não pelo Estado Social de Direito. A preocupação do Estado de Direito é a garantia de segurança jurídica ao indivíduo, na sua esfera de liberdade. A protecção de bens protegidos pelos direitos fundamentais (*grundrechtlichen Güter*) é um tema do Estado de Direito. Na doutrina do Estado de

³⁶ Klaus Stern. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Bd. III/1, 1988, p. 694.

³⁷ José Joaquim Gomes Canotilho. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, ob. cit. p. 246.

Direito (*Rechtsstaat*), dá-se, conforme Diogo Figueiredo Moreira Neto, uma importância maior à eficácia da norma, ou seja, sua capacidade de produzir efeitos jurídicos, que à sua eficiência, ou seja, sua capacidade de produzir efeitos políticos³⁷.

B – A função de prestação

Os direitos à prestação não respondem a mesma estrutura dos direitos fundamentais à liberdade. Pode-se afirmar que nos direitos à prestação o que interessa é a reserva de lei, que vai assumir uma outra função, a função de prestação. A lei é o instrumento de intervenção do Estado na vida social, representando o domínio da política sobre o direito. A política fica agora acima do direito e lhe empresta conteúdo e validade³⁸, surgindo uma nova concepção de Direito. Agora, a **Justiça Social** é o “fundamento e o limite do Direito”, compensando as necessidades e a falta de amparo em que se encontra o indivíduo numa sociedade dividida entre o trabalho e a indústria³⁹.

Os direitos fundamentais, enquanto conceito indeterminado, necessitam ser concretizados por normas infraconstitucionais ou completados ainda por determinadas orientações.

Os direitos fundamentais não podem ser aplicados ao caso concreto pelas regras da dedução. A própria lei não consegue conter por antecipação todas as situações práticas possíveis, como supunha o racionalismo, que acreditava tudo poder a razão humana, utilizando-se para tanto apenas do método matemático, de mera dedução. A formalização ou matematização dos valores implica numa neutralização da justiça. Na busca por estabilidade constitucional adotou-se no século XIX regras de interpretação, como o método gramatical, o lógico, histórico e sistemático, para conceber o Estado de Direito como reduzido em suas funções. A interpretação se baseava nos princípios da

³⁷ Metodologia Constitucional, in Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, n. 91, jul./set. 1986, pp. 63-112 (p. 64).

³⁸ Dieter Grimm. Politik und Recht, ob. cit., p. 94.

³⁹ Peter Badura. Der Sozialstaat, in DÖV 1989, pp. 491-499, p. 492.

legalidade e estrita legalidade como forma de bloqueio, por isso chamada por Tércio Sampaio Ferraz Júnior de “interpretação de bloqueio”⁴⁰. José Joaquim Gomes Canotilho chama a interpretação que vê na Constituição simples contornos negativos para a atuação do Estado de “teoria dos limites”⁴¹.

Jules Vuillemin critica o absolutismo da razão abstrata:

“A razão pura acreditava (...) poder, a partir das idéias que ela própria se formava sem a ajuda da experiência, demonstrar a existência de Deus ou a imortalidade da alma. Eram as quimeras e as ilusões dessas demonstrações que alimentavam a intolerância dos antigos séculos. Assim, o Cardeal Belarmino pensava que o geocentrismo era ou a verdade revelada (portanto que nos era acessível apenas pelo meio supra-sensorial da fé) ou então uma idéia inata, objeto da razão pura e, por isso, igualmente fora do alcance da dúvida e da experiência”⁴².

Em oposição a um direito descoberto longe da experiência jurídica, a concreção do direito busca uma orientação do Direito para o real, pois “concreto” é a realidade e não o determinado⁴³. Assim, a legislação não faz parte de um mundo ideal, mas de um mundo baseado em situações práticas que devem a cada momento ser averiguadas das reais possibilidades pelos intérpretes. Também a Constituição deve ter o seu conteúdo realizado pelo intérprete. A interpretação constitucional é para Konrad Hesse concretização, pois a “vinculação ao direito torna-se real primeiro na atualização e

⁴⁰ Ele contrapõe a essa forma de interpretação os “procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais” que têm na hermenêutica dos princípios e programas constitucionais um “instrumento de realização política” (cfr. *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990, pp. 11-13).

⁴¹ Cfr. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, ob. cit., pp. 248 e 249.

⁴² Sobre a Tolerância, *in* *Conhecimento, Linguagem, Ideologia*. São Paulo: Perspectiva, 1989, p. 217 e ss. (p. 253).

⁴³ Karl Engisch. *La idea de concrecion en el Derecho*, ob. cit., p. 179.

concretização de suas normas”⁴⁴. Concretização significa completar, esclarecer, concentrar e especializar formas de pensamento fundamental para uma determinada área ou situação. Enquanto os direitos fundamentais clássicos passam por uma concretização que envolve apenas elementos jurídicos, os “direitos fundamentais sociais” necessitam de uma “concretização jurídico-política”⁴⁵. Os direitos fundamentais proporcionam apenas o sentido de seu preenchimento, que deve ocorrer por uma criativa complementação concretizadora⁴⁶.

A Constituição não é uma ordem de valores neutra, pois o sentido objetivo dos direitos fundamentais vincula os poderes do Estado a uma ordem objetiva de valores⁴⁷. Uma suposta neutralidade dos valores constitucionais reside no fato de o legislador constituinte não ter se posicionado na relação trabalhador e empregado, sendo portanto, neutra do ponto de vista da política econômica a adotar. Prova disso, é que o legislador, no que tange a política econômica, não está vinculado a apenas uma ideologia de Estado, ao contrário, ele possui liberdade de opção e escolha entre várias possibilidades, conforme a situação econômica do momento⁴⁸.

⁴⁴ Cfr. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha (ob. cit., p. 163).

⁴⁵ J. C. Vieira de Andrade menciona duas possibilidades de concretização constitucional: concretização jurídico-interpretativa e concretização jurídico-política (cfr. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria, *in* Tribunal Constitucional – Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Coimbra: Coimbra Ed., 1995, p. 75 ss., p. 80).

⁴⁶ Ernst-Wolfgang Böckenförde. Grundrechte als Grundsatznorm, *in* Der Staat 29 (1990) 1 ff.(22).

⁴⁷ BVerfGE 7, 198, 205.

⁴⁸ BVerfGE 4, 7, 17 f; 50, 290, 336. Na literatura alemã: Ernst Benda. Der soziale Rechtsstaat, *in* Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 2. Ed., 1994, pp. 719 ss. (765); Peter Badura. Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland, *in* Der Staat 14 (1975) pp. 17 ss.(p. 33); do mesmo autor Der Sozialstaat, *in* DÖV, 1989, pp. 49 ss. (p. 494). Na Argentina, Jorge Eduardo Bustamante também menciona a neutralidade constitucional no que tange a política econômica. As regulamentações de direitos constitucionais “simplesmente indicam quais os meios, caminhos ou instrumentos estão vedados à livre iniciativa dos particulares (por razões de seguridade, higiene, moral, etc.), sem tomar partido entre estes em função das atividades que

Ernst Benda vai mais além, ao afirmar que “a Constituição não quer ser uma ordem neutra”⁴⁹. Os “direitos fundamentais sociais” (*soziale Grundrechte*) configuram uma política da Constituição (*verfassungspolitische*), “uma questão de *constitutione ferenda*”, ou seja, um querer político, uma vontade de Constituição, porque eles possuem um âmbito normativo indefinido e indeterminado, dependendo sempre da complementação pela atuação do Legislador⁵⁰. Somente após essa complementação, a Constituição passa a ser *constitutione lata*, ou seja, dever-ser jurídico.

Partindo-se do pressuposto de que a Constituição distingue-se do resto do ordenamento jurídico pelo caráter geral e “político” de seu objetivo⁵¹, impõe-se a renovação constante da legitimidade de uma Constituição democrática⁵². A exposição constitucional de objetivos possibilita a averiguação do exercício legítimo do poder pelo Estado. A força normativa da Constituição e da lei no campo dos direitos fundamentais é o componente central do Estado Democrático de Direito. Da relação entre Constituição e lei forma-se uma zona nebulosa⁵³ entre as normas constitucionais sociais e as leis, pois o direito infraconstitucional é contaminado pelo direito constitucional e vice-versa, não se podendo precisar o limite de cada um. Nessa zona, está incerto o procedimento que deve adotar o juiz para decidir racionalmente a partir do texto constitucional, tendo em vista que as normas de “direitos fundamentais sociais” são incompletas.

Segundo Habermas surge então para o profissional do Direito o dilema de articular,

desenvolvem, nem pretender atuar como árbitro de suas pretensões setoriais” (Jorge Eduardo Bustamante. *Desregulacion (entre el derecho e la economia)*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. Cap. III, p. 45).

⁴⁹ Ernst Benda. *Der soziale Rechtsstaat*. Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Ernst Benda (Hrsg.) Konrad Hesse (Mitw.) 2. Aufl. (1994) 719 ss.

⁵⁰ Herbert Bethge. *Aktuelle Probleme der Grundrechtsdogmatik*, in *Der Staat* 24 (1985) 351 ss., p. 378.

⁵¹ Rudolf Smend. *Constitucion y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 197.

⁵² Ver a esse respeito Konrad Hesse. *A força normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

“de modo convincente, uma compreensão normativa do direito que se liga com um projeto constitucional talhado segundo o formato de sociedades complexas; ou abandona definitivamente qualquer compreensão normativa do direito“, ou seja, perde a esperança de transformar o direito em um poder social integrador⁵⁴.

A vinculatoriedade dos direitos fundamentais, como direitos diretamente vinculatórios para os três poderes, como impõe a Constituição (artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988), tem como pano de fundo uma discussão profunda sobre a relação entre poderes institucionalizados pela Constituição e a dogmática constitucional. A discussão começa com a vinculação dos Poderes Executivo e Judiciário aos direitos fundamentais, que na realidade necessita de uma prévia investigação por parte destes poderes no sentido de obedecerem antes a lei, pois eles estão vinculados à lei e ao ordenamento jurídico. Ocorre que a própria lei impõe certas alternativas (que dão discricionariedade ao aplicador) e incumbências a estes poderes, os quais não podem deixar de observar também certos conteúdos obrigatórios impostos pela teoria constitucional e pelo sistema no momento da aplicação dos direitos fundamentais ao caso concreto. Significa dizer que a vinculação imediata destes dois poderes aos direitos fundamentais somente ocorre quando a lei contiver possibilidades que não se encaixam no quadro normativo desses direitos ou, então, quando se revelar a própria lei como inconstitucional. Daí a relação se dará diretamente aos direitos fundamentais, ignorando a vinculação pela lei infraconstitucional. Em respeito ao espaço político do legislador, somente pode o

⁵³ Herbert Hart. “Positivism and The Separation of Law and Morals”, in *Harvard Law Review* 593 (1958) pp. 607-608.

⁵⁴ Jürgen Habermas. *Direito e Democracia (entre facticidade e validade)*. Tradução de Flávio Beno Siebeneicher do texto original “Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtsstaat”, 4ª ed. 1994. Rio de Janeiro, Biblioteca Tempo Universitário, 1994, vol. II, p. 126. O direito é, para Habermas, o *medium* da integração social e para cumprir tal função precisa ser legitimado pelo agir comunicativo. As regras do discurso vão ser dadas pelo conceito de autonomia, que assume a figura de princípio moral, e pelo conceito da democracia. Isso não significa dizer que ocorra uma subordinação do direito à moral, pois o direito é tomado como meio de realização da autonomia, como sistema de ação e não só de saber.

Tribunal Constitucional declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou as suas limitações⁵⁵.

O vínculo jurídico que se estabelece imediatamente a partir da Constituição é, porém, mais fraco comparado ao da legislação ordinária, que já possui uma concreção maior. Por isso, o Tribunal Constitucional tem um espaço para o exercício de um poder de propulsão social bem mais restrito que o dos outros poderes estatais. A obrigação de um fazer (atuação positiva) não está dirigida, pelo menos não num primeiro momento, ao poder judiciário. Antes deve ocorrer uma atuação positiva por parte do Estado, ou seja, uma conformação do poder legislativo e/ou da Administração, no sentido de se arranjar empiricamente as prioridades sociais. A manutenção da limitação de função, ou seja, da separação entre direito e política, é condicionada a que normas jurídicas sejam capazes de direção no plano da aplicação do direito. Quando elas faltam, os órgãos aplicadores do direito são obrigados a construir a sua decisão conforme matéria jurídica já existente⁵⁶.

Nessa construção de uma decisão, o direito constitucional necessita de método de interpretação diferente do direito infraconstitucional, pois a norma constitucional é indeterminada por natureza e possui um âmbito de abrangência maior que o da infraconstitucional. A dicotomia entre teoria e método é o grande problema da construção dogmática dos direitos fundamentais, segundo o Walter Schmidt⁵⁷. Os valores inerentes aos direitos fundamentais e bens constitucionais descrevem já consigo próprios a sua categoria e o seu método, ou seja, como será decidido em caso de conflito entre direitos fundamentais e direito fundamental e outro valor da comunidade; a teoria, por sua vez, que é uma etapa de valoração, estabelece qual a categoria que um valor irá ocupar. As teorias constitucionais tornaram-se agora meios de ajuda para a interpretação, dentre elas está a teoria dos direitos fundamentais, que é,

⁵⁵ Walter Schmidt. Grundrechtstheorie im Wandel der Verfassungsgeschichte, *in Jura* (1983) 169 ss., p. 169.

⁵⁶ Dieter Grimm. Politik und Recht, *ob. cit.*, p. 101.

⁵⁷ Grundrechtstheorie im Wandel der Verfassungsgeschichte, *in Jura* (1983) 169 ss, p. 175.

“uma concepção orientada sistematicamente sobre o caráter geral, a direção normativa e o âmbito do conteúdo dos direitos fundamentais”⁵⁸.

A capacidade de adaptação do direito à realidade estende-se até onde for possível interpretar⁵⁹ com a ajuda de teorias constitucionais. A teoria dos direitos fundamentais constitui-se em representações que os juízes têm da sociedade. Nesta representação, a avaliação da “necessidade” da limitação dos direitos fundamentais pela lei pode incluir prognósticos, formados a partir de números e dados extraídos da realidade social⁶⁰. Conceitos indeterminados, como é caso do próprio princípio do Estado Social de Direito, necessitam ser complementados pelo juiz com a representação de uma comunidade jurídica concreta. Os limites da racionalidade dos pontos de vista interpretativos, ou seja, da lógica jurídica, são definidos “no âmbito da experiência jurídica”⁶¹.

Por ser a interpretação uma questão lingüística, a interpretação de textos jurídicos, conforme Aulis Aarnio,

“consiste antes de tudo em esclarecer os textos jurídicos pela apresentação de enunciados interpretativos. A partir deles, os pontos de vista interpretativos dizem qual o conteúdo semântico do texto jurídico será racional e justo de escolher. Os pontos de vista interpretativos que são então produzidos podem sempre tornarem-se pontos de vista normativos”⁶².

⁵⁸ Walter Schmidt, ob. cit., p. 171.

⁵⁹ Konrad Hesse. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, ob. cit., p. 163.

⁶⁰ Peter Lerche. Grundrechtsschranken, in J. Isensee, Kirchhof (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts (HStR), Band V, 1992, pp. 775 ss. (786).

⁶¹ Miguel Reale. O Direito como experiência, ob. cit., p. 69.

⁶² Le rationnel comme raisonnable (La justification en droit). Traduit de l'anglais: “The rational as reasonable (A treatise on legal justification)”. Bruxelas: Story-Scientia, 1992, p. 85.

Os pontos de vista normativos constituem os padrões ou *standards* de direitos fundamentais. O Estado Social e os direitos fundamentais liberais são utilizados como *standard* de interpretação, derivando daí a teoria social dos direitos fundamentais ou “direitos fundamentais sociais” não-escritos⁶³. O princípio do Estado Social de Direito influencia a interpretação dos direitos fundamentais. Tal interpretação apenas enfatiza a natureza social desses direitos, não significando a realização de direitos sociais diretamente do texto constitucional. O direito ao trabalho constitui-se, então, em uma especialização do princípio do Estado Social de Direito, é um *standard* de interpretação para o juiz constitucional. Ele é um direito de grupo e seu objetivo é melhores condições sócio-econômicas, que são em abstrato formuladas. Por isso, esse “direito fundamental (materialmente) social” tem um conteúdo político e um jurídico, pois em caso de descumprimento aparece, então, nitidamente a tensão entre o espaço político e o jurídico, entre faticidade e validade (Habermas).

Ronald Dworkin⁶⁴ dá prioridade dos direitos individuais no caso de conflito entre interesses coletivos. Devido serem os interesses das maiorias homogêneos e hostis, ele aceita apenas a existência de direitos individuais. Ele defende que o fundamento da *judicial review*⁶⁵ é a proteção dos direitos dos indivíduos e das minorias e sustenta a

⁶³ Robert Alexy. Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, in Der Staat 29 (1990) p. 49 ss., p. 49.

⁶⁴ Ronald Dworkin. Bürgerrechte ernstgenommen. Titel der Originalausgabe: Taking Rights Seriously. Erschienen bei: Harvard University Press 1978. Übers. von Ursula Wolf. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1984.

⁶⁵ O controle de constitucionalidade ou *judicial review* exercido pela Côrte Suprema americana opera de forma negativa. Ele é uma técnica, “que provém da *common law* inglesa, que predomina sobre os *statues* (as leis do Parlamento), de onde o princípio *the control of the common law over statutes*, que o Juiz Coke intentou plasmar. Trata-se de sistema de controle fundado em critério interpretativo, porque, na verdade, o controle de constitucionalidade pelo método difuso nada mais é do que a aplicação de certo princípio interpretativo, isto é, do princípio interpretativo das normas constitucionais e das normas infraconstitucionais, por via judicial (daí a revisão judicial), para verificar se há ou não conformidade destas àquelas” (Cfr. José Afonso da Silva. Poder Constituinte e Poder Popular (Estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2000, p. 250).

prioridade dos direitos individuais sobre os fins coletivos. Os argumentos de princípios, que podem ser individualizados pela interpretação construtiva, têm uma prioridade absoluta sobre os argumentos de política, que são de natureza coletiva. No capítulo sobre os “casos difíceis”, Ronald Dworkin distingue entre políticas, que tratam das metas coletivas da comunidade e princípios, que se ocupam dos direitos individuais ou de grupos. A política seria um *standard*, uma meta a alcançar. Ele contrapõe a noção de política a de princípios em sentido amplo. A noção de princípios em sentido amplo engloba as regras, que criam direitos⁶⁶. Como os direitos dos cidadãos somente podem se basear em regras e não em fins sociais, surge o problema para o julgamento de direitos por tribunais, quando não há regras, e sim, princípios. A decisão do tribunal deve se fundamentar em argumentos que são “argumentos de princípios” e não em “argumentos de fins”. Neste caso de julgamento baseado em princípios que visam a promoção de justiça social, ocorre os denominados “casos difíceis” (*Hard Cases*), justamente porque são casos limites entre o direito e a política, entre a justiça e o consenso da maioria. Hércules é o intérprete do conjunto indivisível dos princípios e valores de um direito positivo elaborado a partir da perspectiva de uma comunidade. Ele tem um papel chave na criação jurisprudencial do direito, pois a interpretação deve ser construtiva e basear-se na compreensão dos princípios e valores da comunidade, num sentido de melhorar a cada vez o sistema de direitos básicos. Por Dworkin acreditar que apenas há uma forma do tribunal decidir o caso, revela essa atitude um compromisso com uma teoria política liberal, que vai repercutir na concepção restrita de direito, que apenas comporta como “direito” os direitos liberais clássicos de liberdade⁶⁷.

⁶⁶ Ronald Dworkin. *Bürgerrechte ernstgenommen*, ob. cit., p. 146.

⁶⁷ Também Peter Häberle aventava a possibilidade de vincular as forças políticas sob uma única forma de interpretação da norma constitucional: “É legítimo indagar se se poderia cogitar, ainda que de forma relativizada, de uma interpretação correta (*Richtigkeit der Auslegung*). Para a teoria constitucional, coloca-se a questão fundamental sobre a possibilidade de vincular normativamente as diferentes forças políticas, isto é, de apresentar-lhes ‘bons’ métodos de interpretação” (Cfr. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição/ Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und ‘prozessualen’ Verfassungsinterpretation*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Edição alemã de 1975. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 53).

Os direitos individuais constituem a base de duas formas diferentes de justificação, que são os argumentos de princípios e argumentos de política (*policy*)⁶⁸. Assim, no sentido estrito, diferenciam-se os princípios em princípios e fins.

“Os argumentos de princípios são argumentos que pretendem estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos que pretendem estabelecer um fim coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem fins”⁶⁹.

Por isso, nessa perspectiva, só se pode distinguir entre interesse coletivo e direito individual. Os fins ou políticas (*politics*) vinculam-se à promoção de um objetivo social. Os fins sociais são diretivas extra-jurídicas e pertencem ao legislador, logo ele se guia apenas por argumentos de política (*policy*).

Os “direitos fundamentais sociais” devem ser interpretados no contexto da Constituição, não podendo serem vistos como “superação da liberdade em benefício de organismos coletivos, mas como segurança da liberdade individual”⁷⁰. Isso prova que a ideologia também influencia a formulação, a semântica e o desenvolvimento dos direitos fundamentais⁷¹, que devem proteger o indivíduo dos riscos do totalitarismo. O coletivo não pode sufocar a individualidade. O limite para o poder do coletivo frente ao indivíduo constitui uma preocupação do regime democrático. A política pode estabelecer certas restrições a direitos individuais, mas não eliminá-los totalmente para atender ao interesse coletivo.

⁶⁸ Hannu Tolonen. Reglas, principios y fines: la interrelación entre derecho, moral y política, in La normatividad del derecho. Aulis Aarnio, Ernesto Garzón Valdés, Jyrki Usitalo (comps.). Barcelona: Gedisa, 1997, págs. 65-85 (p. 73).

⁶⁹ Hannu Tolonen, ob. cit., p. 73.

⁷⁰ Ernst-Wolfgang Böckenförde. Die soziale Grundrechte im Verfassungsgefüge, in Soziale Grundrechte, Heidelberg, Karlsruhe, 1981, p. 9.

⁷¹ Hans-Ullrich Gallwas. Grundrechte. Frankfurt am Main: Alfred Metzner Verlag. 1985, p. 2.

A crítica que se faz a essa ideologia jurídica liberal (ou teoria política liberal) liderada por Ronald Dworkin é o fato de desconhecer que o desenvolvimento do direito hoje tem uma forte orientação segundo fins. Hannu Tolonen admite que

“os conteúdos da legislação de intervenção e o mecanismo que dela resulta são argumentos sociais de política. Contudo, ao mesmo tempo, esta cria sem dúvidas direitos, ou bem para os indivíduos, ou bem para grupos de interesses, p. ex., os consumidores ou as partes numa negociação”⁷².

Contrariamente ao que pensava Kelsen, o direito é um fenômeno moral, pois dependente dos fins sociais. Norma e realidade são tratadas muitas vezes pela doutrina como dois planos diferentes, correspondendo, numa linguagem kelseniana, respectivamente ao plano do dever-ser e do ser⁷³. Realmente, pelo critério da maioria, atinge-se o requisito da forma na criação do direito, mas o Estado não pode tudo, mesmo que através de maioria democrática. O legislador deve se guiar por princípios jurídicos de justiça invariáveis no espaço e evitar regulamentações arbitrárias. Significa reconhecer que a obrigatoriedade do conteúdo jurídico pode advir do fato de ser um conteúdo moral ou não (positivismo). Aulis Aarnio diz que as “normas jurídicas não são completamente autônomas em relação às outras normas sociais” e que de certa forma há uma influência

⁷² Hannu Tolonen. Reglas, ob. cit., p. 76. Aulis Aarnio critica essa abordagem totalmente empírica do direito, não sendo possível deixar o direito ser construído sob o efeito de coerção da maioria sobre a minoria. “Quando falamos da aceitação das normas jurídicas na comunidade jurídica, não podemos evitar o fato de que as normas são aceitas sobre a base de um certo sistema de valores. A aceitação é um processo de valorização” (Le rationnel comme raisonnable (La justification en droit). Traduit de l'anglais: “The rational as reasonable (A treatise on legal justification)”. Bruxelas: Story-Scientia, 1992, p. 217). Mais adiante é mais enfático, ao dizer que “a aceitação é determinada segundo o ponto de vista da maioria” (ob. cit., p. 220).

⁷³ Para Friedrich Müller, a norma fundamental de Kelsen procura preencher o vácuo ideológico e material, provando que há uma falha na construção teórica do sistema kelseniano ao recusar tratar a realidade como algo não importante para o Direito (Cfr. Discours de la Méthode Juridique, ob. cit., p. 104).

recíproca entre estas e o direito⁷⁴. Ao analisar o positivismo kelseniano, afirma Aulis Aarnio não ser necessário recorrer a categoria de moralidade para fundar a obrigatoriedade do direito⁷⁵. No entanto, mais adiante, ressalva o autor ser o sistema jurídico uma ordem jurídica, apenas na condição de que sejam respeitados certos critérios morais⁷⁶. Assim, a efetividade não dispensa a validade formal, nem a validade axiológica. Para Aulis Aarnio, a validade axiológica compreende a justificação de uma interpretação a partir de um sistema de valores⁷⁷.

No que tange a validade formal, ela é requisito de vinculatoriedade, pois ela só obrigará se for proveniente de um sistema válido, ou seja, a observância de um procedimento adequado foi obedecida. A validade não é apenas a validade formal do direito, que diz respeito à necessidade de defini-lo pela forma, mas a validade que reconheça que o conteúdo positivo do direito é aberto a muitos conteúdos e, portanto, há a necessidade de uma validade que mantenha o contato com a realidade.

Os limites e possibilidades de efetividade⁷⁸ da Constituição apenas podem ser ditadas pelo Tribunal Constitucional, porque ele é um órgão político, que tem a última decisão

⁷⁴ Aulis Aarnio. *Le rationnel comme raisonnable (La justification en droit)*. Traduit de l'anglais: "The rational as reasonable (A treatise on legal justification)". Bruxelas: Story-Scientia, 1992, p. 5. O comportamento social é um fato empírico, guiado por normas que lhe dão significação. O conceito de norma aqui deve ser tomado na sua concepção ampla, ou seja, de "conteúdo de pensamento (isto é, um significação) expressada através da linguagem" (Aulis Aarnio, ob. cit., p. 39).

⁷⁵ Aulis Aarnio. *Le rationnel comme raisonnable (La justification en droit)*, ob. cit., p. 47.

⁷⁶ Aulis Aarnio. *Le rationnel comme raisonnable (La justification en droit)*, ob. cit., p. 49.

⁷⁷ Aulis Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable (La justification en droit)*, ob. cit., p. 60.

⁷⁸ A doutrina distingue entre "eficácia jurídica" e "eficácia social". Luís Roberto Barroso, entre outros, distingue a eficácia jurídica da eficácia social ou efetividade social, para efeitos produzidos pela norma respectivamente no plano jurídico e no plano social. Para que se atinja a eficácia jurídica basta que seus efeitos da norma estejam em potência, ao contrário, a efetividade só é atingida quando a realidade sofrer conformação pelo estatuído pela norma. Nas palavras de Luís Roberto Barroso: "A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social" (Luís Roberto Barroso. *O Direito*

sobre a soberania⁷⁹. A dogmática constitucional aceita que apenas o Tribunal Constitucional e não o juiz ordinário tem competência para dizer o Direito. O Tribunal Constitucional diferencia-se dos tribunais ordinários pelo fato de os juizes do Tribunal Constitucional decidirem poucas vezes casos concretos. Na maior parte das vezes, são atingidos imprevisíveis casos concretos pela sua decisão⁸⁰. Apesar da política ser parte da formação teórica do Tribunal Constitucional, e, muito embora, atue “em parte no estabelecimento do direito e em parte na aplicação do direito”, ele está sempre atuando no direito e não na política⁸¹. O Estado de Direito resulta numa garantia de relativa continuidade da estrutura estatal pela independência da mesma em relação à elite política dirigente do momento. A vantagem de um Tribunal Constitucional neutro para tomar decisões políticas está em poder preencher a função constitucional de isenção frente a inimigos políticos, sem ter de cair em um sistema que depende permanentemente de maioria⁸².

A função de prestação (*Leistungsfunktion*) subdivide-se em sentido amplo e estrito, conforme o objeto for normativo ou apenas material, fático.

Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 83).

⁷⁹ Cfr. Ernst-Wolfgang Böckenförde. Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1990, p. 62. A Suprema Corte americana não se limita a tratar de matérias constitucionais, decidindo também matérias infraconstitucionais, não sendo, portanto, uma Corte constitucional. As suas decisões sobre matéria constitucional apenas podem ser alteradas por emenda à Constituição ou ainda por mudança na sua própria forma de entender o “Direito”, ou seja, por nova orientação jurisprudencial. Quando decide sobre matérias tratadas por leis infraconstitucionais, a Suprema Corte americana tem a sua autoridade de dizer o Direito diminuída frente à atuação do Congresso, o qual pode alterar por completo uma decisão proferida pela Corte com a promulgação de uma nova orientação sobre tema abordado na referida decisão (cfr. Joaquim B. Barbosa Gomes, ob. cit., p. 176. Bernard Schwartz informa que a Suprema Corte tem conseguido evitar a supremacia parlamentar através da advocatória do poder de revisão (Bernard Schwartz, Direito Constitucional Americano. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 27).

⁸⁰ Otto Bachof. Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik, in Verfassungsgerichtsbarkeit, Peter Häberle (hrsg.). Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976, 285 ss., p. 287.

⁸¹ Dieter Grimm. Politik und Recht, ob. cit. p. 100.

1) A função de prestação em sentido amplo

A função de prestação em sentido amplo *inclui direitos à proteção* (a) e direitos à Organização e Processo (aqui a participação na formação da vontade política) (b).

a) Direitos à proteção

A eficácia dos direitos fundamentais aparece em primeira linha na intenção de proteção contra perigos e dificuldades na sua aplicação, sendo essa obrigação vinculante para todos que possam colocar em perigo ou perturbar a proteção aos direitos fundamentais⁸³. Uma primeira manifestação paradigmática da dimensão objetiva ocorre no ano de 1958 com a decisão do Tribunal Constitucional alemão, que ficou conhecida como '*Lüth-Urteil*'⁸⁴. Os direitos fundamentais após a decisão proferida no *Lüth-Urteil* pelo *Bundesverfassungsgericht* passaram a valer para todas as áreas do direito, porque daí em diante foram concebidos como uma ordem de valores objetiva com poder de difusão de seus efeitos para todas as áreas do direito (*Ausstrahlungswirkung*)⁸⁵ ou efeito de irradiação. A norma valorativa central do *Ausstrahlungswirkung* é o Art. 1º, parágrafo. 1º, da Lei Fundamental alemã, que trata do princípio da dignidade humana (*das Achtungsgebot der Menschenwürde*). Outros exemplos de direitos fundamentais com dimensão objetiva são: o princípio da igualdade entre o homem e a mulher (art. 3º, parágrafo 2º, da Lei Fundamental) e o da liberdade de associação para melhores condições de trabalho (art. 9º, alínea 3º, da Lei Fundamental).

Os direitos fundamentais em sentido objetivo propiciam a realização da liberdade no seu sentido que vai desde a proteção mínima para a sobrevivência até a proteção máxima do desenvolvimento individual da personalidade humana. O mínimo de proteção dos direitos fundamentais é uma garantia do Estado de Direito; o máximo de proteção é

⁸² Dieter Grimm. Politik und Recht, ob. cit., p. 101.

⁸³ Klaus Stern. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Bd. II/1988, p. 949.

⁸⁴ Das Lüth-Urteil (BVerfGE 7, 198).

⁸⁵ Ernst-Wolfgang Böckenförde. Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1990.

obrigação do Estado Social, que por ser proteção deve ser concedida através do Estado de Direito. Assim, satisfeitas as necessidades mínimas (a.1), cabe ao Estado também promover o desenvolvimento da personalidade (a.2).

a.1) O mínimo de proteção social do Estado de Direito

Para se alcançar um *standard* otimizado de justiça distributiva, conforme Rüdiger Breuer⁸⁶, as reivindicações de prestações devem antes ser definidas por um processo democrático. Caso legislador não cumpra a sua função ou a cumpra insuficientemente, então, segundo Rüdiger Breuer, será possível, a partir da análise casuística, uma ação do poder judiciário, pois a proteção da dignidade humana é a base dos direitos fundamentais liberais e o fundamento do mínimo existencial do indivíduo. Isso significa, que a partir de direitos fundamentais liberais garante o Estado, independentemente de qualquer concretização mais específica, um “*Minimalstandard*” de dignidade humana.

Ao indivíduo é concedido diretamente da Constituição por via judicial, com base na dimensão objetiva dos direitos fundamentais uma garantia mínima de sobrevivência digna. Essa concessão é excepcional e só se justifica no caso de necessidade. A proteção da dignidade humana é o núcleo material dos direitos fundamentais liberais, que somado ao princípio do Estado Social, tem como resultante a base legal do mínimo para uma existência digna. A partir dos direitos fundamentais liberais é garantido ao indivíduo, diretamente da Constituição, sem a necessidade de esperar por uma ulterior concretização legislativa, um mínimo para uma existência digna. O Estado é obrigado a assegurar a todos um direito subjetivo a um mínimo existencial⁸⁷.

⁸⁶ Rüdiger Breuer. Grundrechte als Anspruchsnormen, In Festgabe aus Anlass des 25. Jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, 1978, pp 89 ss. (p. 94).

⁸⁷ A teoria do mínimo existencial é defendida, no Brasil, por Luís Roberto Barroso, pois o poder judiciário poderia concedê-lo. (Cfr. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Rio de Janeiro: Renovar, 3^a ed., 1996, p. 155 s.).

Por causa desse efeito imediato constitucional da segurança a um mínimo existencial a doutrina alemã tem se posicionado contra a uma positivação dos “direitos fundamentais sociais”, pois eles podem ser extraídos já a partir da Constituição, sem contar que uma concretização de cada direito fundamental poderia representar uma perda na abertura do princípio do Estado Social⁸⁸.

Na Alemanha, a teoria do mínimo existencial recebeu guarida do Tribunal Constitucional, que diz que o legislador pode e deve decidir sobre tudo o que não for condições mínimas de sobrevivência⁸⁹, pois a sobrevivência é dever do Estado Social⁹⁰. A proteção do mínimo existencial surgiu primeiro nas decisões do Tribunal Administrativo, baseadas da dignidade humana, como direito humano não escrito, sendo mais tarde reconhecido por lei infraconstitucional. O que moveu estes tribunais foi o seguinte argumento: “quem, sem culpa, cai em necessidade, tem um direito subjetivo público (*subjektives öffentliches Recht*) à ajuda”.

a.2) Direitos fundamentais que garantem o desenvolvimento da personalidade

Quando for o caso de apenas conteúdo com caráter objetivo, se ele se enquadrar no Art. 2º, alínea 1ª, da Lei Fundamental (direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade), que protege a liberdade, então, é possível ser reivindicado em um controle de Constitucionalidade.

O livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2º, parágrafo 1º, da Lei Fundamental alemã), objetiva os melhoramentos nas condições de vida⁹¹, não tendo, porém, uma solução definitiva na doutrina. Na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, já

⁸⁸ Cfr. Jörg Lücke. Soziale Grundrechte als Staatszielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträge, in AÖR 107 (1987) pp. 15 ss. (p. 60).

⁸⁹ BVerfGE 82. 60, 80 f – Kindergeld.

⁹⁰ BVerfGE 40, 121, 133.

⁹¹ Eckart Klein. Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, in NJW 1989, pp.1633 ss. (p. 1639).

solução definitiva na doutrina. Na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, já foi admitido que uma lei que constanja a liberdade de ação pode ter sua legitimidade posta em dúvidas perante este tribunal⁹³.

Os “direitos fundamentais sociais” dispõem de certas garantias constitucionais como as ligada ao exercício de medida de liberdade. A liberdade de ação é exercida pelo seu titular com suas próprias forças, por isso, é uma garantia. Ela apresenta-se na liberdade de escolha de profissão (Art. 12, parágrafo 1º, da Lei Fundamental), a qual deve ser livre, mas o exercício da mesma deve ser regulado⁹⁴, o que pode significar limitações impostas pelo bem da comunidade, o legislador deve, porém, escolher a forma de intervenção que menos limite esse direito fundamental⁹⁵. Também constitui uma concretização do direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade a liberdade de associação (Art. 9º, parágrafo 3º, da Lei Fundamental). Essas liberdades apresentam-se, porém, antes de tudo como direitos individuais, numa concepção liberal.

O âmbito de proteção da liberdade de profissão engloba a escolha de profissão, escolha do lugar de trabalho e a escolha do local de formação, com também uma reserva legal para o exercício de profissão. No que tange a essa possibilidade de intervenção ela ocorrerá sempre em nome da proteção existencial de grande parte da população, que é dependente daquele exercício profissional. O Estado é obrigado a possibilitar para cada cidadão, que pode ser tanto o empresário, na sua liberdade de empresariar (liberdade de fundar e de conduzir uma empresa)⁹⁶, quanto o trabalhador, de acordo com sua capacidade, um lugar de trabalho. Deve-se considerar a dificuldade para se cumprir tal obrigação num sistema de liberdade de mercado, pois a criação de postos de trabalho e de formação e regras de salários estão dependentes da poder privado. Essa questão escapa do jurídico, só podendo ser resolvida politicamente. Daí a liberdade do

⁹³ BVerfGE 6, 32, 41.

⁹⁴ Bodo Picroth und Bernhard Schlink. Grundrechte (Staatsrecht II). 11ª Ed. Heidelberg: Müller, 1995, p. 226 s.

⁹⁵ BVerfGE 7, 377, 397 ss.

⁹⁶ BVerfGE 50, 290, 337 s.

empresário ser bastante limitada pela proteção de despedida sem justa causa, por exemplo.

A liberdade de associação sindical (Artigo 9º, parágrafo 3º, da Lei Fundamental; art. 8º, da Constituição brasileira) contém como elementos importantes a autonomia de tarifa e a luta pela liberdade de trabalho. O conteúdo de proteção da liberdade de associação serve indiretamente ao conteúdo de proteção do direito ao trabalho, e deve ser regulado pelo legislador. No entanto, o legislador não pode regular o direito de greve, que é tido como direito judicial (*Richterrecht*). No Brasil, o direito de greve está previsto na Constituição (art. 9º, da Constituição Federal de 1988) como garantia constitucional. No entanto, decorre da própria natureza da greve, que consiste em uma suspensão, não na dissolução, da relação de trabalho, tendo em vista um objetivo comum, que é melhorar a situação social dos grevistas. Como não se pode prever os acontecimentos, não se pode formalizar um direito que é extraído da liberdade de associação (Artigo 9º, da Lei Fundamental alemã). Na doutrina alemã, há dois posicionamentos básicos quanto à natureza da greve: um diz que a greve é um direito de liberdade, porque não se está a defender o direito do grupo, mas o direito individual de cada integrante da mesma⁹⁷; outro posicionamento entende que a greve é um “direito fundamental social”, porque ela não se restringe a satisfazer as necessidades elementares, mas garantir ao indivíduo a liberdade de decidir como deseja desenvolver a sua personalidade⁹⁸. O direito de greve pode ser considerado um “direito fundamental social”, desde que um direito fundamental especial não seja utilizado ou não seja possível aplicar a garantia subsidiária de liberdade de agir (Artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei Fundamental alemã). No caso específico do Brasil, Ingo Wolfgang Sarlet cita ainda proibições contra discriminações nas relações trabalhistas consagradas no art. 7º, incs. XXXI e XXXII, da

⁹⁷ Reinhard Dörfler. *Die Vereinbarkeit sozialer Grundrechte mit dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland*. Erlangen, 1978, p. 72.

⁹⁸ Thilo Ramm. *Die soziale Grundrechte im Verfassungsgefüge*, in *Soziale Grundrechte*, Böckenförde u. a., Heidelberg, Karlsruhe, 1981, p. 28.

Constituição Federal de 1988, como exemplo de “direito fundamental social” com qualidade de direito de defesa⁹⁹.

O problema resta ainda não resolvido quando for o caso de se enquadrar uma reivindicação de agressão a direito fundamental em outros direitos fundamentais que não o do Art. 2º, alínea 1ª, da Lei Fundamental, uma vez que também eles vinculam todos os poderes do Estado¹⁰⁰. Isoladamente, o caráter objetivo de preceito normativo fundamental já foi reconhecido para a maior parte dos direitos fundamentais pelo Tribunal Constitucional alemão, não estando excluído até agora esse caráter a nenhum preceito¹⁰¹. O que já se tem como limite é que os direitos fundamentais não valem diretamente entre sujeitos privados.

a.2.a) A eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Direitos fundamentais que têm uma interpretação alargada obrigam o Estado a proteger o indivíduo nas suas relações intersubjetivas (direitos fundamentais em sentido objetivo). O conteúdo dos direitos fundamentais, que forem apresentados através de cláusulas gerais ou de outra forma que possibilitem a aplicação do caráter objetivo dos direitos fundamentais, pode ser usado na interpretação e aplicação do direito infraconstitucional da ordem privada. Através da *Drittwirkung*, filha legítima do *Ausstrahlungswirkung*, também chamada de eficácia horizontal (*Horizontalwirkung*) dos direitos fundamentais, é possível a proteção da liberdade contra particulares, ou da aplicação dos direitos fundamentais nas relações intersubjetivas. O Estado é chamado a intervir (*Adressat* ou destinatário) para resolver um conflito que envolve dois portadores de direito fundamental (*Grundrechtsträger* ou titulares), em que um configura o agressor

⁹⁹ Ingo Wolfgang Sarlet. Os “direitos fundamentais sociais” na Constituição de 1988, *in* O Direito Público em tempos de crise (Estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 129 ss. (p. 147).

¹⁰⁰ Herbert Bethge. Tema do colóquio: a mudança de rumo da dogmática de direitos fundamentais. Trabalho apresentado por Ernst-Böckenförde: “Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik”. *Der Staat* 29 (1990), p. 15.

¹⁰¹ Ernst-Wolfgang Böckenförde. *Staat, Verfassung, Demokratie*. Frankfurt am Main, 1991, p. 166.

e o outro a vítima. Forma-se, dessa forma, uma relação triangular. São dois os valores envolvidos na relação triangular: a liberdade do agressor e a proteção da vítima devem ser interpretados conforme a Constituição.

Ao legislador é dirigida a obrigação primeira de dar proteção à vítima. O princípio da legalidade não deixa de ser necessário para coibir os abusos do agressor. A interpretação da Constituição é realizada a partir do seu conteúdo objetivo, teoria dos valores, mas não está descartada a possibilidade de um apelo ao Tribunal Constitucional alemão reivindicando direito agredido por norma sub ou super regulada pelo legislador, ou então, mal interpretada, pois a dimensão objetiva dos direitos fundamentais fortalece a sua dimensão subjetiva. As duas estão lado a lado. Também é possível que os outros dois poderes do Estado: o Judiciário e o Executivo sejam abrangidos no âmbito de aplicação da norma de proteção por terem interpretado ou aplicado mal o direito, como ocorreu na falta de licença para construção de uma usina atômica na Alemanha e julgado pelo Tribunal Constitucional alemão no caso *Mühlheim-Kärlich*¹⁰².

A eficácia horizontal é subdividida em eficácia direta e indireta. Na eficácia direta, há o direito subjetivo a uma proteção contra o mais forte, numa relação de direito privado, onde, então, seria aplicado o direito público. A Corte federal do trabalho aplica direitos fundamentais diretamente, no entendimento de que tais normas sejam a base de um sistema jurídico. A crítica que se faz, é que tal entendimento vai de encontro à autonomia do direito civil. A eficácia indireta, por sua vez, foi aceita pela Tribunal Constitucional alemão pela primeira vez no caso *Lüth*, baseada sobre a ordem objetiva, formada pelo direito civil e a Constituição¹⁰³.

b) Direitos à participação

¹⁰² BVerfGE 53, 30 (59ff).

¹⁰³ Cfr. Bernd Jean d'Heur. Grundrechte im Spannungsverhältnis zwischen subjektive Freiheitsgarantien und objektiven Grundsatznormen, in JZ 1995, 161 segs.: "Objektiv-rechtlichen und subjektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalt sind nebeneinander.", p. 163.

A liberdade dos direitos fundamentais é possível hoje muitas vezes apenas como segurança na participação nas prestações do Estado (*Teilhabe an Leistungen*)¹⁰⁴. Por isso, alguns autores localizam os “direitos fundamentais sociais” no direito de participação, como forma de superação da falta de democracia na aplicação de um interesse coletivo. Canotilho defende a existência dos “direitos fundamentais sociais”, dizendo que há uma compensação para a estrutura diferenciada da norma de “direito fundamental social” que é o fato de poderem se realizar através da participação política¹⁰⁵.

Neste contexto, o maior diferencial dos “direitos fundamentais sociais” reside na titularidade, a partir do fato de que é dado aos cidadãos um direito, que depende de uma medida política para que possa ser concretizado. A titularidade da norma de “direito fundamental social” é das pessoas (e não indivíduos). A concepção de pessoas se contrapõe a de indivíduo, porque as pessoas são as que participam de uma comunidade¹⁰⁶. A participação ativa do cidadão na construção da vontade do Estado, na conformação de direitos fundamentais, como por exemplo o direito à educação e o direito a exercer oposição, a fiscalizar constantemente o Governo, cobrando deste prestações de contas, são possibilidades de efetivação dos direitos que o espaço democrático disponibiliza ao cidadão. José Fernando de Castro Farias conceitua o espaço público ou comunidade como um processo, por estar intimamente ligado à democracia¹⁰⁷. O Estado Democrático de Direito (Artigo 1º, da Constituição Federal de 1988) é instituído por normas constitucionais.

Os direitos fundamentais clássicos concebiam o indivíduo isoladamente, numa concepção individualista dos direitos fundamentais. A noção de indivíduo inserido em

¹⁰⁴ Peter Lerche. Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff, in J. Isensee, Kirchhof (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts (HStR), Band V, 1992, pp. 739 ss. (744).

¹⁰⁵ José Joaquim Gomes Canotilho. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador (Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas). Coimbra: Coimbra Ed., 1982, p. 377.

¹⁰⁶ J. J. Gomes Canotilho. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, 1991, p. 547.

¹⁰⁷ José Fernando de Castro Farias. Espaço Público e Lógica Institucional, in Direito, Estado e Sociedade – Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio – n. 7, julho/dezembro de 1995, pp. 33 ss. (p. 57).

uma comunidade, havendo uma relação de responsabilidade recíproca entre estes dois entes, faz parte de uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. O constitucionalismo comunitário busca um fundamento ético para a ordem jurídica. Daí a imagem de indivíduo dada pela Lei Fundamental alemã, segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, é a de um indivíduo integrante de um espaço público (*Öffentlichkeit*)¹⁰⁸, também chamado pelos americanos de comunidade (*community*). Apesar de nos Estados Unidos se falar em comunidade, o entendimento que se tem lá de pessoa não coincide com o do Tribunal Constitucional alemão. Enquanto a representação da pessoa humana na Constituição ou “*Menschenbild des Grundgesetzes*” é para o Tribunal Constitucional alemão a de um indivíduo não isolado como soberano, mas integrado na sociedade e vivendo em comunidade, a Suprema Corte americana, segundo Donald P. Kommers¹⁰⁹, deixa pouco espaço para a vida em comunidade. A teoria constitucional americana elegeu como valores superiores e conteúdo mínimo obrigatório de uma Constituição apenas normas que reconheçam a autodeterminação individual, ou seja, os direitos individuais, as liberdades clássicas¹¹⁰. O sistema constitucional alemão¹¹¹ tem na dignidade humana o valor maior. Daí o valor dignidade humana não ser, segundo Gisele Cittadino, um ideal abstrato, mas ao contrário, depende

¹⁰⁸ Hans-Ullrich Gallwas. *Grundrechte*. Frankfurt am Main: Alfred Metzner Verlag, 1985, p. 11.

¹⁰⁹ Cfr. Kann das Deutsche Verfassungsrechtsdenken Vorbild für die Vereinigten Staaten sein?, *in Der Staat* 37 (1998) 335 ss., p. 338.

¹¹⁰ Karl Loewenstein. *Teoría de la Constitución*. Barcelona-Caracas-México, Editorial Ariel, 1979, p. 149.

¹¹¹ O estudo comparativo entre o sistema constitucional alemão e o americano, desenvolvido por Donald P. Kommers (cfr. Kann das Deutsche Verfassungsrechtsdenken Vorbild für die Vereinigten Staaten sein?, *in Der Staat* 37 (1998) 335 ss., p. 338), conclui que a principal característica da Lei Fundamental é a de resultar numa compreensão liberal com forte tendência para a solidariedade, o que contrasta com a compreensão da Constituição americana. Esta destaca-se por direitos e pelo Estado de Direito e muito pouco por solidariedade e bem comum. Consegue o autor com curtas denominações esclarecer as diferenças entre as duas Constituições: a Lei Fundamental se caracteriza por ser uma *Verfassung der Würde* – Constituição da dignidade – e a Constituição americana por ser uma *Verfassung der Freiheit* – Constituição da liberdade. Isso não significa dizer, defende o autor, que não haja comunicação entre esses dois conceitos.

de uma “validação comunitária”, por constituir a “consciência ético-jurídica de uma determinada comunidade”¹¹².

A busca por novos paradigmas para o Estado Social de Direito pode estar no nexo interno existente entre a autonomia privada e a autonomia do cidadão. Tal nexo reside na compreensão do indivíduo e cidadão como autores do direito, e não apenas destinatários de suas normas. A autonomia privada é dada pelos direitos fundamentais e a autonomia pública é dada pelo exercício da soberania. O nexo que une as duas autonomias ocorre através de formas de comunicação. Uma ordem jurídica é legítima, segundo Habermas, quando ela assegura a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, as quais se realizam através da comunicação¹¹³.

Numa perspectiva de direito comparado, o direito à participação assume estruturação diferente conforme o sistema jurídico for o alemão (b.1) ou o brasileiro (b.2).

b.1) Direito à participação (*Teilhabe*)

Direito à participação é a postulação de uma determinada *prestação* estatal, como por exemplo, a ajuda social, que assegure um mínimo existencial, moradia adequada, trabalho e educação. Apesar da Lei Fundamental alemã não conter nenhum desses direitos à prestação, que se localizam nas constituições estaduais, a dimensão prestacional do Estado é extraída do princípio da dignidade humana, do princípio do Estado Social de Direito e dos direitos fundamentais liberais.

O objeto do *Teilhabe* significa participação no dinheiro, que o Estado dispõe para os entes privados, com o objetivo de realizar fins públicos, e no uso de instituições

¹¹² Cfr. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 18.

¹¹³ Jürgen Habermas. Direito e Democracia (entre facticidade e validade), ob. cit., vol. II, p. 147.

públicas¹¹⁴. É um direito ao exercício de participação em uma Instituição monopolizada pelo Estado em condições de igualdade, através da qual será desenvolvido o potencial humano e a qualidade de vida. No entanto, a reserva do possível tem sido o principal empecilho para os direitos de participação, pois a sua realização é dependente das possibilidades do orçamento público. Daí a participação na conformação da Constituição ou *Teilhabe* ser dividida em direito à participação na conformação originária e direito à participação na conformação derivado.

A participação originária é concedida diretamente da Constituição, sem uma atuação positiva do Estado, no sentido de concretizá-la. O direito à participação em sentido originário é raro, porque toda realização do Estado depende de competência orçamentária do parlamento. No direito alemão, ocorreu apenas um caso¹¹⁵ que ganhou notoriedade por subsidiar escolas privadas. A contestação não conseguiu convencer o Tribunal da Administração Federal que reconheceu a instituição da escola privada como substituta da pública, como previsto no artigo 7º, parágrafo 4º, da Lei Fundamental, contando ainda com a abertura da cláusula social do artigo 20, parágrafo 1º, da Lei Fundamental. Importante é que uma única vez foi concedido um direito social diretamente do texto da Lei fundamental.

O direito à participação na conformação derivado está baseado no direito à igualdade de chances dada ao indivíduo na distribuição de bens públicos disponíveis. O Direito do homem à liberdade contém uma participação política no Estado (*Teilhabe am Staat*), ao cidadão é dado o direito de participar do governo e da sua formação¹¹⁶. Isso pressupõe um tratamento igualitário a todos os participantes do processo político, pois a relação existente entre o Direito do Homem e a Democracia fundamenta não só o direito da maioria, mas também o direito da minoria¹¹⁷. O direito à participação somente ocorre,

¹¹⁴ Görg Haverkate. *Rechtsfragen des Leistungsstaats: Verhältnismäßigkeitsgebot und Freiheitsschutz im leistenden Staatshandeln*. Tübingen: Mohr, 1983, p. 3.

¹¹⁵ BVerwGE 27, 360 (363/364).

¹¹⁶ Klaus Stern. *Sinn und Form der Grundrechte*, in *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* 1992, V, 3ss. (p. 22).

¹¹⁷ Klaus Stern. *Sinn und Form der Grundrechte*, ob. cit, p. 23.

porque o Estado detém o monopólio de uma empresa pública ou instituições de ensino. Numa decisão do Tribunal Constitucional Federal¹¹⁸ decidiu-se pela igualdade na autonomia de pesquisa, tendo como base os artigos 5º, parágrafo 3º (autonomia científica) e artigo 3º, parágrafo 1º (princípio da igualdade), da Lei Fundamental. É condição para o direito à participação na conformação a existência material do objeto.

b.2) Direito subjetivo público

Os direitos subjetivos, quando exigem uma atuação positiva do Estado, tomam a designação de direitos subjetivos públicos. Direitos subjetivos públicos ocorrem quando o Estado é instado a agir, como no caso do direito de acesso à Justiça (art. 5º, inc. XXXV), o direito ao devido processo legal (art. 5º, inc. LV), direito à greve (art. 9º). O que distingue os direitos subjetivos (individuais) dos direitos subjetivos públicos é a predominância do interesse público protegido. O direito subjetivo público é, para Aurélio Wander Bastos,

“o direito que determinadas camadas da população mobilizadas pelo interesse comum têm de demandar através de instrumentos processuais próprios ao Poder Judiciário para que o poder público (o Estado) ou mesmo o particular cumpram ou respeitem interesses coletivos juridicamente protegidos”¹¹⁹.

Para que se caracterize um direito subjetivo público¹²⁰ deve haver uma norma com conteúdo determinado; essa norma deve pretender a satisfação imediata de interesses individuais e mediamente de interesses públicos; e ela deve ser vinculativa para um órgão público, dando um poder jurídico ao indivíduo para defender os interesses

¹¹⁸ BVerfGE 35, 79 (148).

¹¹⁹ Cfr. Aurélio Wander Bastos. *Conflitos Sociais e Limites do Poder Judiciário*. 2ª ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 207.

¹²⁰ José Joaquim Gomes Canotilho. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, ob. cit. pp. 341-342.

protegidos pela norma. O principal problema no caso de uma omissão legislativa em matérias de “direitos fundamentais sociais” está na impossibilidade de se reconhecer tal poder jurídico ao indivíduo.

O poder jurídico concedido a um indivíduo para representar interesse público significa uma carga pública. A distinção entre direitos fundamentais liberais e “direitos fundamentais sociais”, como por exemplo, proteção do meio ambiente, está em que agora não mais o Estado é representante de todos, senão que o interesse de todos é declarado direito subjetivo do indivíduo. Winfried Brohm alerta para o perigo que significa para a legitimidade de um Estado democrático o fato de um indivíduo falar por todos¹²¹. Isso significaria, em tese, dizer que uma pessoa poderá reivindicar judicialmente, por exemplo, em nome do interesse de todos pela proteção do meio ambiente, o que, sem contar a sobrecarga para um indivíduo pelos valores comunitários¹²², eliminaria a necessidade do parlamento, que é o responsável pelos interesses da comunidade. Em contrapartida, não se pode exigir através do parlamento um sacrifício especial a um grupo, sem que os atingidos possam pedir compensação, que é uma indenização pelos danos sofridos.

Resta saber se a revelação do conteúdo jurídico de uma determinação de objetivos do Estado pode ocorrer através da autoridade do Tribunal Constitucional, enquanto Corte constitucional. Faltando o parlamento com sua obrigação, ocorre a pergunta se uma ação de inconstitucionalidade por omissão (reclamação constitucional) junto ao Tribunal Constitucional é possível. Se se reconhece ao lado do caráter objetivo dos direitos fundamentais também um caráter subjetivo, a norma é vinculativa. Do contrário, se apenas um caráter objetivo é reconhecido aos direitos fundamentais, a solução não é tão clara, pois para alguns autores há a impossibilidade de se reconhecer um direito a

¹²¹ Winfried Brohm. *Soziale Grundrechte und Staatszielbestimmungen in der Verfassung (Zu den gegenwärtig diskutierten Änderungen des Grundgesetzes)*, in *JZ* 1994 (5), pp. 213 ss. (p. 216).

¹²² Canotilho e Vital Moreira mencionam em diversas passagens de seu livro “Fundamentos da Constituição” a preocupação com uma delimitação de deveres fundamentais do indivíduo para com a comunidade (Coimbra: Coimbra, 1991, p. 117 ss. e 146 ss.).

Verfassungsbeschwerde quando o direito agredido é o conteúdo objetivo do direito fundamental¹²³.

b.2.1) Garantias processuais

Para possibilitar um meio de participação democrática dos indivíduos e grupos foi criado, no direito comparado, o instituto processual para defesa direta de direitos fundamentais de entidades singulares ou coletivas contra atos de poder, que é o recurso de amparo na Espanha e o *Verfassungsbeschwerde* da Lei Fundamental alemã. No Brasil, os instrumentos processuais da Constituição de 1988, tais como o Mandado de Segurança Coletivo (Art. 5º, inciso LXX, da Constituição Federal de 1988), o Mandado de Injunção (Art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal de 1988) e a Ação Popular (Art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal de 1988) abriram uma oportunidade para a participação ampla no processo judicial, uma vez que foram criados sob a influência de idéias comunitaristas e participativas. J.J. Calmon Passos acredita que tais garantias constitucionais seriam instrumentos políticos de participação da sociedade no processo¹²⁴. O espectro de ação e de titulares nessa participação democrática é para ser o mais amplo possível, sendo que até o próprio processo passa a ser focado como um instrumento preventivo e não apenas repressivo. Ao garantir-se a indivíduos e a grupos

“a prerrogativa de decidir sobre qualquer que seja o seu interesse, até mesmo o interesse público, [este] deixa de ser monopólio do Estado

¹²³ Herbert Bethge. Tema do colóquio: a mudança de rumo da dogmática de direitos fundamentais. Trabalho apresentado por Ernst-Böckenförde: “Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik”. *Der Staat* 29 (1990), p. 14.

¹²⁴ Calmon Passos reivindica textualmente a transformação da natureza do processo: “Cumprir-se o indivíduo e as coletividades não só do agir *contra legem* do Estado e dos particulares, mas de atribuir a ambos o poder de provocar o agir do Estado e dos particulares no sentido de se efetivarem os objetivos politicamente definidos pela comunidade. Despe-se o processo de sua condição de meio de realização de direitos já formulados e transforma-se ele em instrumento de formulação e realização de direitos” (Processo e Democracia: Democracia, participação e processo, *in* Participação e Processo. São Paulo: RT, 1988, pp. 94-95).

para ser compartilhado por crescente número de entidades intermediárias”¹²⁵.

Na realidade, a busca pelo suprimento do poder jurídico aos “direitos fundamentais sociais” através de garantias processuais não têm passado de representação de interesses corporativos.

Optou-se por incluir grupos como representantes do interesse público. O Estado Social de Direito, caracterizado praticamente como um direito de grupos, encontra aí o seu limite na impossibilidade de se harmonizar com o Bem Comum. Enquanto o Estado Liberal de Direito atendia a *ratio* dos interesses individuais, o Estado Social de Direito atende ao “interesse de grupos monopolistas das relações econômicas, na medida em que o grande capital encontrou nele condições favoráveis para organizar as grandes concentrações empresariais de domínio do mercado”¹²⁶. A concentração de poder na área social significa um risco para a democracia, pois não haverá mais harmonia de influências. É justamente aí a crítica de alguns autores brasileiros¹²⁷ por ter se importado uma solução jurídica sem a devida consideração com a realidade nacional.

O risco para o Estado Republicano é grande, quando não se consegue precisar o real interesse do povo. A corporativização é caracterizada como um processo, que varia “conforme o grau atribuído de *status* público a grupos de interesse organizados”¹²⁸, que

¹²⁵ Diogo de Figueiredo Moreira Neto. O Sistema Judiciário Brasileiro e a Reforma do Estado. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 52.

¹²⁶ José Afonso da Silva. Poder Constituinte e Poder Popular (Estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2000, p. 120.

¹²⁷ Ricardo Lobo Torres. O espaço público e os intérpretes da Constituição, *in* Direito, Estado e Sociedade – Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio – no. 7, julho/dezembro de 1995, pp. 117 ss. (p. 134). Também Ana Lucia de Lyra Tavares. O espaço público e as relações entre os poderes instituídos e os da sociedade civil, *in* Direito, Estado e Sociedade – Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio – no. 7, julho/dezembro de 1995, pp. 1 ss. (p.11).

¹²⁸ Claus Offe. A atribuição de *status* público aos grupos de interesse, *in* Capitalismo Desorganizado (transformações contemporâneas do trabalho e da política). São Paulo: Editora Brasiliense, 1995, pp. 242-243.

são, por exemplo, os partidos políticos e os sindicatos. Enquanto o regime monárquico representa um retrocesso diante da forma de Estado republicana, porque exclui o povo do governo, a concentração de poder por grupos pode criar um Estado Corporativo¹²⁹ e colocar em risco o princípio republicano, que tem um valor de princípio diretivo positivo¹³⁰. No conceito de república, “todo o poder público deve ser derivado da comunidade e está obrigado a servir ao” bem comum, ou seja, (*salus publica*). Ao contrário dos interesses públicos, existe apenas um Bem Comum. Gomes Canotilho afirma que “uma definição normativa do ‘interesse público’ (melhor: dos interesses públicos’) é necessariamente uma definição da *salus publica* a partir da constituição: *salus publica ex constitutione*”¹³¹. O limite de atuação estatal na limitação de direitos individuais é dado pelo Bem Comum. Ele é o resultante obrigatório da ponderação de interesses públicos relevantes num dado caso concreto, sob pena de faltar a fundamentação legitimante para a decisão estatal¹³². Logo, do adjetivo “social” deve se extrair a obrigação que tem o Estado de criar uma relação justa entre os interesses individuais ou coletivos (grupos) com o bem de todos¹³³.

2) A função de prestação em sentido estrito

Os “direitos fundamentais sociais” (*soziale Grundrechte*) formam os direitos à prestação em sentido estrito do direito alemão (*Rechte auf Leistungen ieS*). O direito de prestação em sentido estrito compreende os “direitos fundamentais sociais” como uma atividade ou prestação do Estado. Os “direitos fundamentais sociais” correspondem, dessa forma, aos direitos a prestações em sentido estrito, direitos a prestações materiais ou fáticas, vinculados ao Estado Social.

¹²⁹ Ver Jorge Eduardo Bustamante. *La Republica Corporativa*. Emece, 1998.

¹³⁰ Konrad Hesse. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, ob. cit., p. 11.

¹³¹ Cfr. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, ob. cit., p. 252.

¹³² Albert Bleckmann. *Begründung und Anwendungsbereich des Verhältnismässigkeitsprinzips*, in *JUS 3* (1994) pp. 177 ss. (p. 182).

As normas de direitos fundamentais têm uma diferença estrutural em relação aos “direitos fundamentais sociais”, que possuem, segundo Vital Moreira um “débil alcance normativo”¹³⁴. Como afirma Konrad Hesse:

“Os ‘direitos fundamentais sociais’ mal se diferenciam de normas constitucionais que determinam obrigatoriamente tarefas e direção da atuação estatal, presente e futura”¹³⁵.

Os “direitos fundamentais sociais” visam a possibilitar o acesso ao dinheiro, a possibilitar uma redistribuição de rendas. Eles encontram-se, porém, dependentes de uma luta política prévia, do embate de idéias que ocorre no plano político. A concessão de uma igualdade material a grupos particularmente desfavorecidos na comunidade, ou seja, direitos coletivos concedidos a minorias, como “direito fundamental social”, somente ocorre após o preenchimento dos requisitos para a subjetivação, que são a determinabilidade e haver disponibilidade de recursos financeiros para atendê-los, caso seja necessário.

Os “direitos fundamentais sociais” resultam da união interpretativa do princípio do Estado Social e dos direitos fundamentais, no sentido de que a função de proteção social, ou seja de prestação, é um tema do Estado Social de Direito, cujo fim

“é garantir a proteção do cidadão dos riscos do mercado e possibilitar o exercício efetivo da liberdade em condições desiguais de poder numa sociedade”¹³⁶.

¹³³ Ernst Benda. *Der soziale Rechtsstaat*, in do mesmo autor (Hrsg.) *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2. Aufl., 1994, pp. 719 ss. (p. 759).

¹³⁴ Vital Moreira. *A ordem jurídica (do capitalismo)*. 4. Ed. Lisboa: Caminho, 1987, p. 134.

¹³⁵ Konrad Hesse. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland)*, 1^a ed.:1967). Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 170.

¹³⁶ J. Isensee. *Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht*, in *Handbuch de Staatsrechts V.*, p. 215.

O princípio do Estado Social é uma cláusula geral, que contém apenas a direção a ser tomada pela ordem social justa, nada dizendo a respeito de “como” será feito para alcançar aquele objetivo¹³⁷. O princípio do Estado Social de Direito

“obriga e legitima o legislador e o poder executivo para o exercício de tarefas estatal-sociais – sem fundamentar, com seu encargo geral, pretensões individuais a um tal exercício ou instruções de ação concretas”¹³⁸.

A norma jurídica, que seja cláusula geral, distingue-se das demais por conter a possibilidade de reenvio a preceitos ou critérios sociais não positivados, ou seja, o reenvio a fatores metajurídicos. As cláusulas gerais apenas enunciam diretivas, que o caso concreto e o sistema jurídico ajudam a complementar através do processo de concretização, que é um processo criativo de preenchimento da forma dessas normas. A cláusula geral representa um juízo antecipado, o que significa que já contém um “moldura legal” prévia feita pelo legislador.

Quanto ao conteúdo da cláusula geral, Karl Larenz diz:

“A cláusula geral não é um fórmula vazia, na qual cada um possa inserir o que lhe convier. Tem um conteúdo, ainda que não esteja precisamente demonstrado e não possua forma de uma determinação”¹³⁹.

A cláusula geral apenas indica, segundo Wieacker, o caminho, as diretrizes orientadoras.

¹³⁷ BVerfGE 20, 180, 204 s.; 22, 180, 204; 40, 121, 133; 59, 231, 263; 81, 108, 116.

¹³⁸ Konrad Hesse. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, ob. cit., p. 176.

¹³⁹ Karl Larenz. Derecho justo (Fundamentos de ética jurídica). Madrid: Civita, 1985, p. 96.

“A cláusula geral é um parâmetro de atuação justa que convida a orientar-se em linhas de tendência”¹⁴⁰.

Quando o Estado Social passa a se utilizar de catálogos prospectivos, a própria criação legislativa passa a ser limitada. A política exercida pelo legislador em termos de escolha de fins passa a ser decidida pela cláusula geral do Estado Social de Direito dirigida para o futuro. A essência do direito ganha o sentido de “conformação do presente mediante preceitos para o futuro”¹⁴¹.

A necessidade da criação de normas jurídicas voltadas para o futuro deve-se precisamente às novas funções do Estado Social de Direito, que passa a conformar a ordem social e a ordem econômica. A diferença de atividade entre a estatalidade tradicional e a moderna, do Estado do Bem-Estar social, está em que a primeira age no sentido de preservar e conservar o passado, age pontualmente e retrospectivamente, o que repercute em normas precisas; já a segunda, age com fatores dificilmente previsíveis pelo Estado, o que repercute em uma ação complexa, que não consegue ser completamente normatizada¹⁴², ou seja, não se tem, por exemplo, um destinatário da norma, que passa então a ser o legislador. Na sociedade moderna, o direito não é mais o fundamento, mas o instrumento de objetivos políticos. Daí a importância dos fins normativos constitucionais.

a) Os fins normativos formulados expressamente

O Direito vigente, longe de se auto-conter exclusivamente na lei, é sempre resultado de um processo de desenvolvimento e concretização. O sentido objetivo dos direitos fundamentais é vinculatório para o legislador, que deve encontrar na sintonia material

¹⁴⁰ Franz Wieacker. El principio general de la buena fe. Madrid: Civitas, 1982, p. 41.

¹⁴¹ Márcio Nunes Aranha. As *dimensões objetivas* dos direitos e sua posição de relevo na interpretação constitucional como conquista contemporânea da democracia *substancial*, in Revista de Informação Legislativa, n. 138 abr/jun. 1998, pp. 138 ss. (p. 218).

¹⁴² Dieter Grimm. Politik und Recht, ob. cit., p. 102.

dos valores superiores veiculados pelos direitos fundamentais o limite para a sua atuação¹⁴³. O conteúdo objetivo da Constituição compreende, além dos direitos fundamentais clássicos, as obrigações que surgem para o Estado pelo fato de tarefas e fins políticos estatais. Fins que foram juridificados pela Constituição¹⁴⁴ proporcionam não a contrapartida em termos de direitos subjetivos reclamáveis, mas apenas posições jurídicas (*Rechtspositionen*) constitucionais, que dão as condições para a partida de uma discussão, de uma argumentação jurídica.

Os fins são formulados expressamente ou devem ser desvendados pela interpretação. Fins normativos que legitimam a ação do Estado são a liberdade democrática e os preceitos constitucionais não escritos do princípio do Estado de Direito e do Estado Social. É certo que os direitos fundamentais não se confundem com os princípios do Estado de Direito, da Democracia e do Estado Social de Direito, mas ao mesmo tempo não podem ser interpretados, entendidos isoladamente, pois integram a concepção do Estado Social¹⁴⁵. Também o princípio do Estado Social de Direito não pode ser interpretado isoladamente, devendo ser interpretado em consonância com os direitos fundamentais. O Estado Social impõe uma objetivação ou relativização dos direitos fundamentais, na medida em que exige uma prestação positiva por parte do Estado, sendo necessário poder descobrir o seu conteúdo jurídico em cada caso concreto para torná-lo aplicável na argumentação normativa.

a.1) Classificação dos fins normativos da Constituição

Não existe uma posição unânime na doutrina quanto à classificação dos fins político-normativos da Constituição. Discute-se inicialmente se seria o caso de tratá-lo apenas como preceito programático (*Programmsatz*) ou diretivas (*Richtlinie*) não vinculatórias ou ainda como norma vinculatória.

¹⁴³ BVerfGE 6, 32, 40.

¹⁴⁴ José Joaquim Gomes Canotilho. Tomemos a sério os direitos sociais, económicos e culturais. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, pp. 25 e ss.

¹⁴⁵ Herbert Bethge. Aktuelle Probleme der Grundrechtsdogmatik, in Der Staat 24 (1985) 351 ss., p. 374.

a.1.1) Preceitos programáticos (*Programmsätze*)

É certo que os “direitos fundamentais sociais” pedem ações estatais por parte do legislador e da Administração pública para a realização do programa social contido neles, não fundamentando pretensões judiciais imediatas por parte do cidadão. O caráter programático dos princípios reside em recomendações para a redução das desigualdades. Devido a isso, as normas programáticas seriam a ideologia que os direitos sociais desenvolveriam¹⁴⁶.

Princípios constitucionais que têm um significado programático localizam-se em geral no preâmbulo, como por exemplo, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, e outros no texto da Constituição, como a dignidade humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988); valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigos 1º, inciso IV e 170, *caput*, da Constituição Federal de 1988); Estado Social (artigo 3º da Constituição Federal de 1988).

Há uma grande discussão doutrinária sobre o caráter jurídico dos preceitos programáticos. Eles estipulam apenas em nível constitucional princípios e programas, tanto de conduta e de organização, quanto atinentes a fins a cumprir. A realização de programas, porém, não deve fugir ao estabelecido pelo orçamento. Logo, a efetivação de programas não pode ser retirado imediatamente do texto constitucional, devendo passar antes pela avaliação política do legislador¹⁴⁷. Christian Starck distingue o caráter proclamador e programático (político) da Constituição do seu caráter jurídico.

¹⁴⁶ Canotilho, em sua obra “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador (Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas). Coimbra: Coimbra Ed., 1982, defendia a vinculatoriedade das normas programáticas. Mais recentemente (Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo, *in* Revista dos Tribunais – Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 15), ele associa o conteúdo das normas programáticas a ideologia, falando em “entulho programático”, que impede alternativas políticas.

¹⁴⁷ Christian Starck. La légitimité de la justice constitutionnelle, *in* Tribunal Constitucional – Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Coimbra: Coimbra Ed., 1995, pp.59-73 (p. 70).

O preceito programático da Constituição não preenche, conforme a doutrina, os requisitos estruturais de uma norma constitucional. O primeiro deles exige da Constituição positividade e clareza para que possa ser interpretada pelo Tribunal Constitucional. Para que a Constituição seja de fato uma lei superior, as suas normas devem dispor de juridicidade e de um controle de constitucionalidade, o que se contrapõe “ao caráter programático da Constituição, que tem por objetivo, muito mais de integração da população do Estado, do que de dar instruções obrigatórias aos órgãos do Estado”¹⁴⁸. O segundo requisito impõe à norma constitucional (que veicula diretivas aos poderes estatais para preencherem tarefas determinadas) clareza suficiente e não estar sua execução sob a dependência de recursos econômicos, pois, caso contrário, tratar-se-ia de proposições programáticas, que não fazem parte da supremacia da Constituição em sentido estrito¹⁴⁹.

Rainer Wahl afirma que

“se os tribunais utilizam a Constituição como medida, então eles terão a tendência a interpretar todas as afirmações da Constituição como jurídicas e com isso a estender consideravelmente o conteúdo da Constituição”¹⁵⁰.

O argumento utilizado contra o caráter jurídico da Constituição encontra na necessidade de limite do conteúdo jurídico da Constituição o seu ponto central. A supremacia (jurídica) da Constituição deveria ser limitada em seu conteúdo para não avançar o espaço reservado ao legislador.

¹⁴⁸ Christian Starck. La légitimité de la justice constitutionnelle, ob. cit., p.68.

¹⁴⁹ Christian Starck. La légitimité de la justice constitutionnelle, ob. cit., p. 70.

¹⁵⁰ Rainer Wahl, Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts, dans: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 3, 1984, p. 401, 403.

Na busca de limites jurídicos para a Constituição, entende Robert Alexy que apenas as normas de direito fundamental podem ser vinculativas, pois são reclamáveis perante a Corte Constitucional, sendo que as normas não-vinculativas se revelariam como normas destituídas de qualquer “validade jurídica, senão que apenas moral ou política”¹⁵¹.

Vital Moreira diz que não cabe ao juiz

“desqualificar como norma não constitucional nenhum preceito da constituição. Para o juiz constitucional nenhum preceito constitucional pode à partida ser enjeitado, incapacitado ou interditado como impróprio para efeitos de aferição da legitimidade constitucional das decisões dos poderes públicos”¹⁵².

Nesse sentido, também é o posicionamento do Supremo Tribunal Tribunal. No pedido de medida cautelar constante da Adin n. 1458, de setembro de 1996, decidiu unanimemente o Supremo Tribunal Federal que

“a insuficiência do valor corresponde ao salário mínimo [...] configura um claro descumprimento, ainda que parcial, da Constituição da República, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como o sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração [...], estará realizando, de modo imperfeito, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica”¹⁵³. (Sublinhei)

¹⁵¹ Robert Alexy. Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, *in* Der Staat 29 (1990) p. 49 ss., p. 52.

¹⁵² Vital Moreira. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade, *in* Tribunal Constitucional – Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Coimbra: Coimbra Ed., 1995, p. 177 ss., p. 193. Ver a respeito tese Otto Bachof sobre “Normas constitucionais inconstitucionais?”. Título original em alemão: “Verfassungswidrige Verfassungsnormen?”, 1951. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

¹⁵³ Luiz Werneck Viana et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: 1999, p. 141.

Há, segundo Theodor Maunz¹⁵⁴, uma gradação de vínculo jurídico entre as normas constitucionais. Os preceitos programáticos (*Programmsätze*) são as que possuem o menor vínculo jurídico, pois não determinam medidas concretas¹⁵⁵ a serem adotadas pelo Estado, apenas diretivas para a atuação do Estado; as normas que determinam objetivos ao Estado (*Staatszielbestimmungen*) e as que estipulam imposição constitucional de legislação ao Estado (*Verfassungsaufträge* ou *Gesetzgebungsaufträge*), por sua vez, possuem um vínculo jurídico maior que os preceitos programáticos, mas menor que as normas de direito fundamental.

As normas constitucionais dirigem-se ao legislador, segundo Canotilho, ao fixar princípios, ao estabelecer imposições e ao definir competências¹⁵⁶. Não incluindo neste rol os preceitos programáticos. Isso se deve ao fato destes preceitos apenas legitimarem ações estatais, sendo utilizadas como reforço jurídico para a interpretação de outras normas constitucionais e legais. Jutzi diz que uma atuação do Estado contrária ao conteúdo de um preceito programático, torna este simplesmente sem efeito jurídico, porque dele apenas se pode retirar influência sobre decisões¹⁵⁷. Canotilho e Vital Moreira afirmam que as normas de “direitos fundamentais sociais” não se confundem com os preceitos programáticos, porque estes dirigem-se diretamente ao Estado e não aos cidadãos “e nisso esgotam a sua relevância”¹⁵⁸. A determinação de objetivos do Estado (*Staatszielbestimmung*) é, como o preceito programático, uma diretiva para a interpretação da Constituição, possui, porém, um vínculo jurídico mais forte que esta.

a.1.2) “Direitos fundamentais sociais”

¹⁵⁴ Theodor Maunz. Staatsziele in den Verfassungen von Bund und Ländern, in BayVBl. 18 (1989) pp. 545 ss. (p. 545).

¹⁵⁵ Siegfried Jutzi. Landesverfassungsrecht und Bundesrecht. 1982, p. 46.

¹⁵⁶ José Joaquim Gomes Canotilho. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, ob. cit., p. 267.

¹⁵⁷ Siegfried Jutzi. Landesverfassungsrecht und Bundesrecht. 1982, p. 74.

¹⁵⁸ J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 128.

Ultimamente tem se colocado os “direitos fundamentais sociais” no mesmo plano da determinação de objetivos do Estado (*Staatszielbestimmungen*)¹⁵⁹. As determinações de objetivos são normas constitucionais em sentido objetivo. Elas contêm uma explicação política¹⁶⁰ (*Richtlinie*) e uma direção sobre atividades estatais futuras.

O princípio do Estado Social de Direito é reconhecidamente uma determinação de objetivos do Estado. Paradoxalmente, a indeterminação do seu conteúdo é o problema central, pois ele contém variadas preocupações políticas: mínimo existencial, preocupação com contenção da inflação, infraestrutura etc.

As determinações de objetivos podem revelarem-se poderosos argumentos a serem utilizadas para interpretação da Constituição e de leis infraconstitucionais¹⁶¹. Da mesma forma que a indeterminação do direito em uma lei editada pelo Poder Legislativo exige a determinação de seu conteúdo, sentido e alcance pelo Poder Judiciário, pois o legislador deve deixar para o momento da aplicação da lei um espaço de flexibilidade para que os encarregados da mesma possam decidir conforme a justiça e a equidade para o caso concreto, também a Constituição deve ser determinada pelo Judiciário.

Enquanto os fins do Estado consistem em determinação de objetivos, que a Constituição impõe ao Estado a sua realização, as tarefas são deveres jurídicos¹⁶², pois exigem do legislador um comportamento específico. Imposições de legislação contêm uma obrigação concreta para o legislador. Elas formam as “normas-objetivo”¹⁶³, que almejam

¹⁵⁹ Klaus König. *Staatsaufgabe und Verfassungen der neuen Bundesländer*, in *Verfassungsrecht im Wandel* (Zum 180 jährigen Bestehen der Carl Heymanns Verlag KG). Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag KG, 1995, 109 ss., p. 121.

¹⁶⁰ Dieter Sterzel. *Staatsziel und soziale Grundrechte*, in *ZRP* 1993, pp. 13 ss.

¹⁶¹ BVerfGE 1, 97, 105.

¹⁶² José Joaquim Gomes Canotilho. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, ob. cit., p. 286.

¹⁶³ Eros Roberto Grau. *Notas Sobre a Noção de Norma-Objetivo*, in *RDP-71*, pp. 137 ss. (p. 142). A norma-objetivo e a norma programática, apesar de ambas terem por objeto fins a alcançar, não excluem-se porque estão colocadas em níveis diferentes: a norma-objetivo responde a uma necessidade de conteúdo da norma; no caso da norma programática, o critério que norteia a sua criação é a eficácia dela, sendo

um resultado concreto a ser alcançado pelos seus destinatários. As normas-objetivo fixam fins, ou seja, objetivos concretos a serem perseguidos. Eros Roberto Grau ressalta a importância da normas-objetivo, que “compõem os instrumentos normativos que operam a transformação de fins sociais e econômicos em jurídicos”¹⁶⁴, repercutindo no descumprimento de seus fins pelo seus destinatários em desvio de finalidade ou de poder. A doutrina brasileira sustenta a inconstitucionalidade de uma política econômica que contrarie um fim social veiculado pela norma-objetivo¹⁶⁵. Diferentemente das determinações de objetivo do Estado, as normas-objetivo podem ser localizadas no nível constitucional ou no nível infraconstitucional e, nesse sentido, coincidem respectivamente com as imposições constitucionais (*Verfassungsaufträge*) ou imposições legislativas (*Gesetzgebungsaufträge*) do direito constitucional alemão.

A garantia social institucional é tratada pela dogmática jurídica como uma tarefa de legislar da Constituição (*Verfassungsauftrag*) para manter, através de leis concretizantes infraconstitucionais, instituições sociais¹⁶⁶. A garantia institucional compreende a existência de complexos de normas ou parte de normas, que formam uma unidade ligada pelo sentido social. O sentido social é dependente de um complexo normativo para poder ser realizado ou colocado na prática. Tal conceito de garantia institucional é praticamente o mesmo dado a “política”, enquanto ciência. A política é “um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”¹⁶⁷. A finalidade dá consistência e vinculatoriedade à política desenvolvida pelo Estado. A finalidade social da política se origina do princípio do Estado Social de Direito, que

classificada por José Afonso da Silva como norma de eficácia limitada definidora de princípio programático (portanto, sem aplicação imediata), traçando objetivos sociais a serem cumpridos pelas respectivas atividades de cada órgão (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos) (Cfr. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 2^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982).

¹⁶⁴ Eros Roberto Grau. Notas Sobre a Noção de Norma-Objetivo, *in* RDP-71, pp. 137 ss. (p. 148).

¹⁶⁵ Eros Roberto Grau. Notas Sobre a Noção de Norma-Objetivo, *ob. cit.*, p. 149.

¹⁶⁶ Gertrude Lübke-Wolff. *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte (Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlichen Leistungen)*. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1988, p. 128 e 129.

carrega consigo apenas uma pretensão de realizar o máximo possível de uma justiça social.

Tal comparação é importante, para ressaltar a função dessa teoria. As teorias institucionalistas procuram resolver a tensão entre um enfoque normativo e um empírico, unindo-os. Uma vinculação estreita ao Direito positivo significa uma negação das conquistas alcançadas no campo da investigação das ciências do espírito nos últimos decênios.

a.2) Direito político

Um direito que possua a parte política mais desenvolvida que a jurídica chama-se direito político. Ele ocupa-se do exercício de direitos e problemas relativos a interesses e valores contrapostos, onde a autoridade pública desempenha um papel importante. Friedmann diz que o direito político ocupa-se essencialmente dos

“direitos e poderes respectivos da autoridade pública em suas relações com os indivíduos ou com os grupos que vivem dentro do Estado”¹⁶⁸.

De tais relações resultam

“os direitos das empresas e dos trabalhadores para se organizar, associar e constituir monopólios, a legislação de todas as classes sobre seguridade social, os problemas da educação e da situação política e civil dos grupos religiosos e raciais que vivem dentro do Estado, sendo todas elas questões de efeito tão gerais sobre a vida da

¹⁶⁷ Fábio Konder Comparato. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, *in* RT-737 (Março de 1997) 11 ss., p. 18.

¹⁶⁸ W. Friedmann, *ob. cit.*, p. 31.

comunidade, que cedo ou tarde reclamam a ação legislativa, administrativa ou, em alguns casos judicial”¹⁶⁹.

O direito político é resultado de divergências ideológicas, que reconhecem como necessária a intervenção do Estado, ou seja,

“todos consideram o Estado obrigado a dar condições de ocupação estável e plena através de obras públicas e sistemas de auxílios, da política tributária e outros instrumentos de política pública; a comunidade espera que ele proporcione um nível mínimo de vida, de habitação, de condições de trabalho e de seguros sociais”¹⁷⁰.

Ele trata dos interesses mais significativos de uma comunidade, que são os que dizem respeito aos poderes do Estado e ao controle das liberdades pessoais e dos direitos econômicos.

O forte caráter de direito em sentido objetivo gera dúvidas quanto a constituírem os “direitos fundamentais sociais” realmente direitos fundamentais, pois lhes faltariam a característica de imediata executividade. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira defendem a existência de “direitos fundamentais sociais”, pois o fato de estarem esses direitos sob regime diferente dos direitos fundamentais liberais não significa que não sejam direitos fundamentais, “com as consequências jurídico-constitucionais daí decorrentes”¹⁷¹. Pode-se afirmar que é possível no caso concreto reconhecer interesses da comunidade (“*Allgemeininteresse*”) como interesse individual e, assim, ser reconhecido algumas pretensões individuais, passíveis de serem judiciáveis, mas restritas a *standards* mínimos¹⁷².

¹⁶⁹ W. Friedmann, ob. cit., p. 32.

¹⁷⁰ W. Friedmann, ob. cit., p. 23.

¹⁷¹ Cfr. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 127.

A decomposição da substância judiciável e a que não o é levou a doutrina a tratar o direito fundamental conforme o interesse que lhe é subjacente. Peter Häberle faz uma distinção entre direito fundamental e interesse subjacente ao direito fundamental: o primeiro descreve o conteúdo que é passível de implementar judicialmente, ou seja, de direito subjetivo público; o segundo, expressa as relações fáticas que envolvem os direitos fundamentais, que não podem ser judiciáveis, ou seja, reclamáveis em juízo¹⁷³. Canotilho acha discutível essa distinção de Häberle entre *Grundrechte* (direitos subjetivos imediatamente acionáveis) e *Grundrechtinteresse* (condições fáticas de direitos fundamentais, que apenas no campo político poderão ser protegidas), pois a mesma negaria o caráter de direitos subjetivos públicos aos direitos a prestações, o que seria reconhecido pelo próprio Häberle, em outra obra (“*Das Bundesverfassungsgericht im Leistungsstaat*”), distinguindo-os dessa vez, em *objective Verfassungsauftrag* e *subjective Teilhaberecht*¹⁷⁴.

Hoje a doutrina trata os direitos fundamentais como tendo uma dimensão objetiva e outra subjetiva. O direito à saúde, direito prestacional, não se confunde com a imposição constitucional (*Verfassungsauftrag*) de se criar condições materiais e institucionais necessárias à fruição desse direito¹⁷⁵. A dimensão objetiva e a dimensão subjetiva tornam-se evidentes nessa comparação. Apesar de mínimo, o conteúdo subjetivo aparece no direito prestacional. Não existe, porém, nem na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, nem na literatura, uma posição definitiva sobre a possibilidade de subjetivação dos direitos fundamentais a partir de seu sentido objetivo¹⁷⁶. A maioria dos autores aceita essa possibilidade, dentre eles estão Robert Alexy¹⁷⁷ e R. Breuer¹⁷⁸.

¹⁷² Winfried Brohm. Soziale Grundrechte und Staatszielbestimmungen in der Verfassung (Zu gegenwärtig diskutierten Änderungen des Grundgesetzes), in JZ 1994 pp. 213-220, p. 216.

¹⁷³ Cfr. Jörg Paul Müller. Soziale Grundrechte in der Verfassung? 2. Aufl., Basel/Frankfurt am Main: Helbing und Lichtenhahn, 1981, p. 185.

¹⁷⁴ Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, ob. cit., p. 367.

¹⁷⁵ José Joaquim Gomes Canotilho. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, ob. cit., p. 377.

¹⁷⁶ Klaus Stern. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Bd. II/1988, pp. 979-980.

¹⁷⁷ In Theorie der Grundrechte, Frankfurt a. Main: Suhrkamp, 1985, p. 410 ss. e 432 ss.

Dentre os que negam a subjetivação do conteúdo objetivo dos direitos fundamentais está H. H. Klein¹⁷⁹, pois seria essa possibilidade uma agressão ao princípio democrático. Representantes de posições intermediárias são K. Hesse¹⁸⁰ e E.-W. Böckenförde¹⁸¹.

Assim, dentre os direitos econômicos e sociais existem os que se aproximam de “normas organizacionais”, como por exemplo o direito do trabalho, que obriga o Estado a criar ou a favorecer a criação de postos de trabalho, e aqueles que requerem implementação semelhante a dos direitos fundamentais liberais, que pode também estar presente no direito ao trabalho, quando este obriga o Estado a “se abster de impedir ou limitar o acesso dos cidadãos ao trabalho”¹⁸².

Pretendo demonstrar essas duas possibilidades de concretização a partir do próprio texto constitucional e pelo Tribunal Constitucional, o trabalho atende a duas etapas de avaliação. Primeiramente, é feita a análise das possibilidades de “concretização jurídico-política”¹⁸³ dos “direitos fundamentais sociais”. Na etapa seguinte, procede-se a exposição das possibilidades argumentativas do princípio do Estado Social de Direito.

¹⁷⁸ Grundrechte als Anspruchsnormen, *in* Festgabe aus Anlass des 25. Jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, 1978, p. 89 ss., p. 105.

¹⁷⁹ *In* Die Grundrechte im demokratischen Staat, 1974, p. 65

¹⁸⁰ *In* Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 16. Aufl. 1988, Rdnr. 298;

¹⁸¹ *In*: Böckenförde-Jeckewitz-Ramm (Hrsg.), Soziale Grundrechte, 1981, 7 ss., p. 14 s.

¹⁸² J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 127.

¹⁸³ J. C. Vieira de Andrade. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria, *in* Tribunal Constitucional – Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Coimbra: Coimbra Ed., 1995, p. 75 ss., p. 80.

I - Imposições Constitucionais (*Verfassungsaufträge*) ou Imposições Legislativas (*Gesetzgebungsaufträge*).

As imposições constitucionais possuem uma natureza de garantia institucional. Procura-se através das imposições constitucionais alcançar uma aplicação do Direito que deixe subsistir o Direito positivo em sua rigidez e, ao mesmo tempo, o compreenda em conexão com a idéias jurídicas gerais que o sustentam. Segundo Ernst Forsthoff,

“esta é a tarefa a que se propõe a concepção institucional do Direito e seu método, para o qual o ordenamento jurídico constitui um tecido coerente de instituições, ou seja, de realidades jurídicas estruturadas”¹⁸⁴.

¹⁸⁴ Ernst Forsthoff. Tratado de Derecho Administrativo, ob. cit., p. 237. Ernst Forsthoff informa que a concepção institucional do Direito foi desenvolvida primeiramente por Savigny e Stahl. Em seu *System des heutigen römischen Rechts*, teria Savigny atribuído às instituições jurídica um posto importante na teoria das fontes do Direito. Para Savigny, a aparição da instituição jurídica constituiria a base mais profunda da regra do Direito, desde a qual unicamente é possível uma plena compreensão da norma jurídica (cfr. Ernst Forsthoff, ob, cit, pp. 159-237).

As imposições constitucionais ocorrem tradicionalmente na divisão de tarefas entre Federação e Estados-membros no Estado federal. No Brasil, os estados federados têm competências remanescentes principalmente para o seu direito administrativo, sendo o caso da legislação sobre o meio ambiente (art. 24, inciso VI), a proteção do patrimônio histórico, cultural, paisagístico e controle de poluição (art. 24 VII), a responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. No âmbito da competência concorrente, as normas gerais, mencionadas no parágrafo 1º, do art. 24, são da competência superior da União e visam estruturar, planejar e orientar principalmente a atuação das pessoas políticas.

Imposições de ação concreta, que na Constituição são dirigidas ao legislador, possibilitam deduzir tarefas de conformação social. A reserva do parlamento (*Parlamentsvorbehalt*) – parte do direito material – é uma consequência da proteção dos direitos fundamentais em sentido objetivo e do vínculo do legislador aos direitos fundamentais¹⁸⁵. A função da teoria do Estado passa a compreender tarefas para o Estado, que tornam-se passíveis de serem reivindicadas para que seja tornada realidade o conteúdo objetivo dos direitos fundamentais. Tal conformação está no mesmo nível hierárquico das normas constitucionais, importando num prolongamento necessário do âmbito das normas constitucionais. Por isso, imposições constitucionais e as imposições legislativas são utilizadas como sinônimas.

Essa nova forma de conceber os direitos fundamentais vê na competência a capacidade de criar direito. A eleição de comandos obrigatórios dirigem-se ao legislador apenas, porque eles informam tão-somente quem tem a competência de editar leis. As normas de competência dirigidas ao Estado nem sempre implicam uma obrigação direta por parte do mesmo. Exemplo de imposição constitucional sem um pré-determinado obrigado é o da lei que criou as condições de igualdade entre filhos legítimos e ilegítimos, previsto na Lei Fundamental alemã, art. 6º, parágrafo 5º. A diferença entre a interpretação social dos direitos fundamentais e os “direitos fundamentais sociais” está na possibilidade de o

¹⁸⁵ Walter Schmidt. Grundrechtstheorie im Wandel der Verfassungsgeschichte, in Jura (1983) 169 ss, p. 177.

Tribunal Constitucional alemão, ao localizar um direito fundamental com conteúdo social, orientar o Legislador a promulgar a lei que preencha o seu conteúdo, como é o caso do tratamento igual entre crianças ilegítimas e legítimas (Art. 6º, parágrafo 5º, da Lei Fundamental)¹⁸⁶ e o mandamento de igualdade de posições entre homem e mulher (conforme Art. 3º, parágrafo 2º, da Lei Fundamental).

A inatividade do legislador pode gerar um comportamento inconstitucional, quando ele não atende as opções existentes para a imposição de tarefa de legislação, nem age no tempo adequado¹⁸⁷. O espaço do legislador deve ser, porém, fundamentalmente resguardado em nome do princípio da democracia. Por isso, a Constituição não indica em por menores “como” deve atuar o legislador. O “como” é uma reserva do parlamento, mas que não deve ser entendida como uma liberalidade. O parlamento tem uma obrigação de regulamentar os direitos fundamentais, pois a reserva do parlamento (*Parlamentsvorbehalt*) é um apelo (*Appell*) dirigido ao legislador, que decide “quando”, “como” e “se” é necessário agir. Com base na Constituição, o Tribunal Constitucional pode retirar essa liberdade de decidir “quando” e “se” do legislador, mas não o “como”¹⁸⁸.

A Constituição não significa, então, um limite absoluto para o legislador. Integram a Constituição não apenas regulações sobre organização, como também regulações sobre o modo de exercício do poder político e seus respectivos limites. A organização é o fundamento de dominação do Estado de Direito. Porém, ao mesmo tempo em que as

¹⁸⁶ O princípio da igualdade foi invocado na decisão de 14 de julho de 1983, quando o Tribunal Constitucional Federal alemão anulou o parágrafo 1934, letra c, do Código Civil, por criar filhos de segunda classe, ou seja, distinguia entre filhos naturais e legítimos, excluindo da sucessão os filhos naturais, cuja filiação não era estabelecida a não ser após a abertura da mesma (Cfr. Michel Fromont, République fédérale d'Allemagne: la jurisprudence constitutionnelle en 1986 et 1987, in *Revue du Droit Public – R. D. P.*, 1989, n. 1, p. 95).

¹⁸⁷ Theodor Maunz. Staatsziele in den Verfassungen von Bund und Ländern, in *BayVBl.* 18 (1989) pp. 545 ss. (p. 546).

¹⁸⁸ Walter Schmidt. Grundrechtstheorie im Wandel der Verfassungsgeschichte, in *Jura* (1983) 169 ss, p. 177.

competências instrumentalizam a organização, elas também asseguram a liberdade¹⁸⁸, tanto a do legislador, como a do indivíduo dentro de uma sociedade. As competências são necessárias para resguardar a liberdade e organizar o Estado de Direito.

O legislador possui uma liberdade para instituir políticas públicas, dentro de uma gradação de vinculação constitucional positiva, pois “a actividade legiferante concebe-se, desde logo, como uma autorização global da constituição, que estabelece as competências e define as funções constitucionais dos órgãos legiferantes”¹⁸⁹. Tal atividade legiferante decorre de uma noção ampla de norma constitucional, que inclui os direitos fundamentais e as competências. Assim, as competências tendem a atender a uma vinculação estreita no que tange aos direitos fundamentais e uma vinculação mais frouxa no que tange a autonomia para inovar em relação a interesses públicos, contanto que sejam respeitados os limites estabelecidos pelos direitos fundamentais. Afinal, os direitos fundamentais demarcam o espaço do Estado e do cidadão.

A forma como são juridificados os interesses públicos sofre a influência da noção de norma constitucional como instituição pública. A juridificação dos “direitos fundamentais sociais” pode ocorrer através do intervencionismo (A) ou tendo o Estado como coordenador de políticas públicas (B).

A – Intervencionismo

A manifestação do intervencionismo importa “na imposição de comportamentos positivos sobre determinados agentes no processo econômico”¹⁹⁰, através da legislação e de uma política financeira. O intervencionismo corresponderia, segundo alguns

¹⁸⁸ A relação entre os conceitos de organização e de liberdade na Constituição é tema desenvolvido por Christian Starck. “El Concepto de Ley en la Constitución Alemana” (Título original em alemão: “Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes”, de 1970). Tradução de Luis Legaz Lacambra. Madrid: Artes Gráfica, 1979, p. 21.

¹⁸⁹ José Joaquim Gomes Canotilho. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, ob. cit. pp. 244 e 245.

autores¹⁹², a uma dilatação constitucional do poder de polícia, no sentido de orientar, coordenar, estimular e reprimir iniciativas privadas, na medida em que elas se refletem no campo do interesse público. Bustamante conceitua o poder de polícia como sendo o limite imposto pelo Estado ao exercício concreto de direitos constitucionais de particulares, com o propósito de tornar possível a convivência. Tal limite não significa, necessariamente, restrição ao âmbito de atuação da norma constitucional e, portanto, não teria mais apenas uma função negativa, mas também uma função de fomento. O conteúdo do poder de polícia atualizado compreende, além da boa ordem da coisa pública, a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII), do meio ambiente (art. 23, VI e VII), da saúde (art. 23, II), do patrimônio cultural (art. 23, III e IV), dentre outros. O poder de polícia é instrumentalizado por dois mecanismos legislativos, que são as regulamentações e as regulações. Regulamentar significa conformar juridicamente, ou seja, tornar um fato jurídico, ou seja, juridificação. Regular significa dar ordenação à atividade econômica. Esses instrumentos têm o seu âmbito de aplicação melhor visualizados no plano econômico, onde

“o poder de polícia é o *poder de intervenção* do Estado nos mercados, poder que se exercer para tornar possível o seu funcionamento (regulamentações) ou para alterar seu resultado (regulações)”¹⁹³.

¹⁹¹ Eros Roberto Grau. Elementos de Direito Econômico. São Paulo: RT, 1981, p. 68.

¹⁹² Eros Roberto Grau diferencia a intervenção do Estado conforme a natureza do poder em: poder de polícia, que é a manifestação do poder político do Estado; e intervencionismo, como sendo a expressão do poder econômico, dirigido “à realização de desenvolvimento e justiça social” (Cfr. Elementos de Direito Econômico. São Paulo: RT, 1981, p. 69). F. C. de San Tiago Dantas. Igualdade perante a lei e *due process of law* (Contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo), in Problemas de Direito Positivo (Estudos e Pareceres). Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 48. Jorge Eduardo Bustamante: Desregulacion (entre el derecho e la economia). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. Cap. III.

¹⁹³ Jorge Eduardo Bustamante: Desregulacion (entre el derecho e la economia). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. Cap. III, p. 45. Ver Eros Roberto Grau. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). São Paulo: RT, 1990, p. 47.

Toda vez que o Estado edita medidas legislativas¹⁹⁴ na área da seguridade, saúde, trânsito, transporte, etc., ou quando apenas descreve em detalhes o alcance dessas respectivas medidas, estaria, então, a exercer o poder de polícia. O poder de polícia é uma espécie da atividade de polícia do Estado, pois existe a polícia repressiva e a polícia preventiva. O poder de polícia é preventivo, porque visa o interesse público, como no caso da vacinação da população contra uma doença contagiosa. No caso do poder de polícia a natureza da atividade é negativa. Justifica-se a função negativa pelo fato da indesejável ilimitação histórica do poder de polícia no período absolutista, que não mais se adequa aos moldes do Estado de Direito. Com a criação do Estado, a secularização do direito retirou deste a característica de imutabilidade e de fundamento da política. O Estado era considerado o inimigo da liberdade e o poder de polícia teria esse significado de negar, ou seja, de exigir a abstenção do indivíduo.

É nesse sentido a afirmação de Otto Mayer:

“O papel da polícia é negativo, porque ela tem a missão de defender a sociedade e os indivíduos contra perigos e ameaças”¹⁹⁵.

Na função negativa, o Estado somente poderia realizar quando os assuntos lhe diziam respeito, como por exemplo a segurança pública, excluindo-se toda e qualquer interferência estatal na economia. Como conteúdo, o poder de polícia impunha aos direitos individuais o atendimento do bem comum (proteção da ordem, da paz e do bem-estar sociais). Apesar do poder de polícia se submeter ao Estado de Direito, ou seja, ao direito constitucional e aos princípios do regime constitucional, a expressão é mantida por causa da justificação contratual do Estado, que está submetido a *deveres naturais*. O dever de polícia do Estado é um dever geral preexistente, anterior à positivação. A

¹⁹⁴ O exercício do poder de polícia cabe tanto ao Poder Legislativo quanto ao Poder Executivo. O primeiro promulga leis e o segundo as instrumentaliza, tendo em vista casos concretos. Formalmente, é possível distinguir a atuação de cada um desses poderes: o Poder Legislativo utiliza a lei, em sentido material e formal; o Poder Executivo utiliza a lei apenas no seu sentido material, o que ocorre através da Medida Provisória e Lei Delegada, e ainda o regulamento.

¹⁹⁵ Cfr. Otto Mayer. *Le Droit Administratif Allemand*. Paris: V. Giard e E. Brière, 1904, p. 4.

autoridade tem o direito de fazer tudo o que seja necessário para realizar a suas tarefas, concretizando o plano ideal, ou seja, transferindo-se do plano do ser para o plano do direito positivo. O dever moral que tem o indivíduo de não trazer problemas para a bom andamento da coisa pública torna-se jurídico.

Otto Mayer conceitua o poder de polícia, como sendo a

“ação da autoridade para fazer cumprir o dever, *que se supõe geral*, de não perturbar de modo algum a boa ordem da coisa pública”¹⁹⁶.

A noção de polícia é uma forma da atividade administrativa, ligada ao motivo da autoridade pública, que é o bem comum. A atividade administrativa não é mais apenas a intervencionista. No direito alemão, ocorre uma distinção entre Administração coercitiva ou intervencionista (*Eingriffsverwaltung*), que é a que estabelece restrições à liberdade ou interfere na propriedade dos administrados, tendo sido em razão dela que se estabeleceu o princípio da reserva legal; administração prestadora de benefícios (*Leistungsverwaltung*), que é a que concede vantagens e benefícios aos particulares, ação típica do Estado Social, utiliza conceitos jurídicos indeterminados e atua discricionariamente, não significando que não haja uma submissão ao princípio da reserva legal; e administração de infra-estrutura (*Infrastrukturverwaltung*), que deve desenvolver o planejamento.

A Administração pública que interessa aqui não é a intervencionista, que tem sua atuação limitada pela reserva legal, mas a Administração prestadora de serviços públicos (prevista no art. 175 da Constituição Federal de 1988), que está submetida a uma lei anterior prestacional, e a Administração de infra-estrutura (prevista no art. 174 da Constituição Federal de 1988), que fiscaliza, promove e planeja o desenvolvimento da atividade econômica e que está sob o princípio da ponderação, que distingue entre Direito e Lei, conforme o previsto no Art. 20, parágrafo 3º, da Lei Fundamental

¹⁹⁶ Ob. cit. p. 17.

alemã¹⁹⁷. O conceito do Direito passa a depender da legitimidade dos fins do Estado, não mais da função legislativa, mas da ação governamental do Poder Executivo¹⁹⁸.

O direito torna-se instrumento de implementação de políticas e não mais apenas de ordenação. Reside precisamente no fato de que o Estado participa ativamente no processo econômico, seja como ordenador do seu desenvolvimento, seja como agente que nele atua, a dificuldade no discernimento do que seja interesse geral.

O Estado intervém na economia para impor o interesse público sobre o sistema de capital privado. O governo toma para si o papel de garantidor de determinadas condições mínimas de vida aos socialmente fracos, como, por exemplo, o direito de proteção dos trabalhadores e direito de horário do trabalho, o direito de ajuda social, direito de provisão ou direito de seguro social, o direito de organização de empresa ou direito do contrato coletivo do trabalho, âmbitos jurídicos essenciais para a configuração do Estado Social de Direito.

Diante da ampliação das funções do Estado ordenador e conformador do processo econômico, há a dificuldade de um conceito de serviço público que abarque as atividades do tipo de serviço público exercitadas “sob a égide de formas e princípios de direito privado”¹⁹⁹.

As prestações positivas que visam concretizar os “direitos fundamentais sociais” implicam na criação de serviços públicos. Uma noção de serviço público pode ser dada como uma espécie de atividade econômica desenvolvida, sob regime jurídico especial, preferencialmente por um organismo da Administração pública, visando atingir o interesse público. O interesse público é formado por um complexo dinâmico de medidas

¹⁹⁷ Heiko Faber. Vorbemerkung zu einer Theorie des Verwaltungsrechts in der nachindustriellen Gesellschaft, *in* do mesmo autor/Ekkart Stein (Hrsg.), *Auf einem Dritten Weg*, Festschrift für Helmut Ridder zum 70. Geburtstag am 18. Juli 1989, 1989, pp. 291 ss. (p. 293).

¹⁹⁸ Fábio Konder Comparato. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, *in* RT-737 (Março de 1997) 11 ss., p. 17.

¹⁹⁹ Cfr. Eros Roberto Grau. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo: RT, 1981, p. 92..

interventivas, “que visam ‘a melhoria das condições sociais e econômicas da comunidade em geral’”²⁰⁰.

O governo procura associar o capital privado aos interesses públicos, criando “novas políticas de co-gestão e regulação social”²⁰¹. Na economia concertada, há uma cooperação entre a administração pública e os administrados, sendo que estes não são mais os expectadores de uma prestação por parte do Estado, mas, ao contrário, tornam-se agora eles próprios instrumentos de uma política pública, ou seja, terão eles também que se ater ao interesse público.

A economia concertada é explicada por Vital Moreira como sendo

“a prática de as grandes e pequenas decisões sobre a economia e, conseqüentemente, o direito que as efetiva serem produto de intenso e estreitos contactos entre o Estado e os interesses económicos, em termos de as medidas legislativas e administrativas não serem mais do que a execução desses acordos. Esse ‘método contratual’ da direção pública da economia, utilizado nomeadamente naqueles casos onde os processos dirigistas correriam risco de serem julgados inconstitucionais ou de não obterem sucesso, por falta de colaboração dos interessados é uma das grandes fontes do direito económico, e o seu modo de produção e a sua natureza baralham a tradicional distinção direito público-direito privado”²⁰².

²⁰⁰ F. C. de San Tiago Dantas. Igualdade perante a lei e *due process of law* (Contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo), in *Problemas de Direito Positivo (Estudos e Pareceres)*. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 48.

²⁰¹ Norbert Reich. Intervenção do Estado na economia (Reflexões sobre a pós-modernidade na teoria jurídica), in *RDP*, 94, 1990, pp. 265-282 (p. 265).

²⁰² Vital Moreira. *A ordem jurídica (do capitalismo)*. 4. Ed. Lisboa: Caminho, 1987, p. 77.

Roland Maspétiol²⁰³ explica o funcionamento do método contratual, característico da economia global dos Estados Unidos, onde o agricultor teria apenas uma liberdade teórica. Como toda norma pressupõe a liberdade no destinatário da mesma²⁰⁴, ficaria flagrante a inconstitucionalidade de tal mecanismo, caso não fosse o envolvimento do agricultor na técnica econômica. A vontade legítima, que se destaca da arbitrária ou de fato, se manifesta na aceitabilidade racional das normas estatuídas, por serem elas a materialização de sua vontade autônoma, ou seja, de uma autolegislação. É a identificação dos destinatários como autores das normas jurídicas, que vêm a substituir o respaldo religioso ou metafísico, que dá fundamentação a ordem jurídica secularizada²⁰⁵.

A divisão direito público e direito privado já não é tão clara. Na concepção tradicional, o direito público trata da relação de particulares e o Estado; direito privado trata das relações entre indivíduos particulares. A distinção entre Direito público e privado pode ser avaliada sob o enfoque do interesse dominante, ou seja, no Direito público o interesse dominante é o público, e no Direito privado, é o interesse particular. A distinção também pode ser sob o ângulo das relações de poder nas relações sociais abrangidas pelo Direito, com sendo de subordinação ou de coordenação. Na subordinação, há o poder de império do Estado, a ele incumbe a conformação do interesse público, por isso, o mandato é unilateral e revestido de coação. Na coordenação, o regime é o de Direito privado baseado na autonomia da vontade²⁰⁶.

Tal divisão hoje torna-se incerta, devido ao fato de no Estado Social haver uma aproximação entre realidade econômica e direito. No Estado Social há uma aproximação

²⁰³ *In* Les techniques juridiques de l'économie globale, Archives de Philosophie du Droit, 1952, p. 123 e segs., em especial a página 137.

²⁰⁴ José Vilanova. Elementos de Filosofía del Derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1984, p. 112.

²⁰⁵ Daí Ricardo Lobes Torres afirmar que a teoria habermasiana pretende ser apenas uma “teoria do direito” e não uma “teoria da justiça” para todo o resto do direito que não seja o relativo aos direitos fundamentais (O espaço público e os intérpretes da Constituição, *in* Direito, Estado e Sociedade – Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio – no. 7, julho/dezembro de 1995, pp. 117 ss., p. 132).

²⁰⁶ Cfr. Ernst Forsthoff. Tratado de Derecho Administrativo. Madrid: Institutos de Estudios Políticos, 1958, p. 159-160.

dos interesses da sociedade e do Estado²⁰⁷. O Estado Democrático e Social da atualidade não se constitui se não tiver a colaboração da sociedade no procedimento de formação da unidade política. Também a sociedade não pode prescindir da atuação do Estado na organização e planejamento da realidade social.

Na legitimidade, segundo Habermas,

“o que conta, em última instância, é o fato de elas terem surgido num processo legislativo racional – ou o fato de que elas poderiam ter sido justificadas sob pontos de vista pragmáticos, éticos e morais. A legitimidade de uma regra independe do fato de ela conseguir impor-se. Ao contrário, tanto a validade social, como a obediência fática, variam de acordo com a fé dos membros da comunidade de direito na legitimidade, isto é, na fundamentalidade das respectivas normas”²⁰⁸.

A legitimidade adviria das regras éticas do discurso, das regras éticas da comunicação intersubjetiva. A razão ética prioriza a noção de dever, que se verbaliza na comunicação inter-humana mediante a norma.

“A razão ética normatiza, isto é, interpreta toda realidade como subsumida na construção das normas e, portanto, dos deveres. ... O homem encontra seu sentido no mundo assumindo que é destinatário

²⁰⁷ A expressão “direitos públicos subjetivos” é utilizada para direitos fundamentais “destinados a regular relações de subordinação entre o Estado e os cidadãos” (José Afonso da Silva. Poder Constituinte e Poder Popular (Estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2000, p. 202). Para alguns autores, porém, a expressão “direito público subjetivo” é superada, por exigir do Estado uma autolimitação em benefício de esferas privadas, colocando a esfera pública em contraposição à esfera privada (Cfr. José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 162).

²⁰⁸ Jürgen Habermas, Direito e Democracia (entre facticidade e validade), ob. cit., vol. I, p. 50.

de uma ordem objetiva de valores que se concretiza em normas que expressam deveres”²⁰⁹.

Reconhecer aos direitos uma autonomia em relação a um “sistema axiológico coerente, é típico da mentalidade moderna contratualista”²¹⁰, que propicia dessa forma o esvaziamento do conteúdo de ética e de moral do direito. “Os deveres apareceriam como consequência derivada do pacto social, isto é, como uma realidade secundária e artificial”²¹¹, porque desconectados com o social e com toda forma de dever. Os deveres seriam convencionais, relativos, porque seu conteúdo é variável conforme “as exigências do poder estabelecido”²¹².

O tecnicismo faz os juristas esquecerem a razão última da gestação de riquezas individuais e sociais que é o bem-estar do ser humano. Ao desconhecer esta premissa, está o jurista-técnico favorecendo o poder econômico e dando ensejo ao aumento das regiões de miseráveis.

A tensão entre razão ética e razão técnica tem transparecido nos movimentos históricos do começo da Idade Moderna, tais como o desenvolvimento do capitalismo, a Reforma Protestante, o surgimento do Estado Nacional, entre outros, como estando em vantagem a razão técnica. “A razão ética é deslocada progressivamente ao âmbito da subjetividade, da crença individual, e substituída pela razão ‘objetiva’ do conhecimento técnico”²¹³.

Carl Schmitt diz que a técnica em si não tem conteúdo, valores, e, por isso, pode atender a diferentes fins:

²⁰⁹ Gregorio Robles, ob. cit., p. 103. Gregorio Robles explica o dever social com base no pensamento escolástico. No pensamento escolástico o homem é visto vivendo em comunidade, portanto, vinculado ao social, e submetido ao poder de Deus.

²¹⁰ Gregorio Robles, ob. cit., p. 33.

²¹¹ Gregorio Robles, ob. cit., p. 109.

²¹² Gregorio Robles, ob. cit., p. 110.

²¹³ Gregorio Robles, ob. cit., p. 105.

“Grandes massas de povos industrializados ainda dependem hoje de uma religião obtusa da tecnicidade, porque elas, como todas as massas, procuram a consequência radical e inconscientemente crêem que aqui se encontrou a despolitização absoluta que se procura há séculos e com a qual a guerra deixa de existir e começa a paz universal. No entanto, a técnica nada pode fazer senão intensificar a paz ou a guerra, ela está predisposta para ambas as coisas da mesma maneira, e o nome e a evocação da paz não muda nada disto”²¹⁴.

Partindo-se do surgimento do Estado Social, a intervenção da autoridade pública não é apenas negativa, mas também positiva. Por isso, tem razão Cabral de Moncada quando rejeita a ampliação do poder de polícia no intervencionismo, nos seguintes termos:

“Ao invés, para levar a cabo a planificação não bastam os poderes de polícia, pois o dirigismo pretende-se de sinal positivo, interessando mais levar os particulares a fazer do que impedi-los de fazer, para o que é indispensável obter deles, se possível fazendo-os participar a todos os níveis nas operações materiais da planificação. Por outras palavras, a intervenção do Estado por meio da planificação não se esgota na protecção da ordem pública económica”²¹⁵.

O princípio do Estado Social é assim uma procuração da Lei Fundamental dada ao Legislador para que promova o crescimento. Nesse sentido, o legislador, segundo Peter Häberle²¹⁶, é um descobridor de deveres em relação aos deveres sociais do Estado, pois cabe primeiramente a ele a tarefa de conformar o princípio do Estado Social aos fatos, criando dessa forma o Direito. O princípio do Estado Social é na Lei fundamental alemã o único mandamento a impor políticas públicas sociais e do qual advém toda a

²¹⁴ Carl Schmitt. O conceito de político. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 119.

²¹⁵ Luís S. Cabral de Moncada, ob. cit., pp. 43 e 44.

construção de “direitos fundamentais sociais”. Cabe ao Legislador especificar o conteúdo desse princípio material. Ao princípio do Estado Social de Direito cabe apenas dar a direção de proteção social aos direitos fundamentais²¹⁷.

B – O Estado como coordenador de políticas públicas

O Estado não é só provedor de serviços sociais, mas também, após a Segunda Guerra Mundial, o Estado tem desempenhado um papel de coordenador de políticas públicas ou sociais. Políticas públicas são todas as medidas que protegem o desprovido economicamente e que eliminam deficiências econômicas²¹⁸. As “políticas públicas” compreendem todas as formas de intervenção do Estado na vida social. A atividade exercida pelo Legislador e pela Administração pública estão dentre essas formas de intervenção. Tais atividades não são estanques, mas participativas entre si. Por isso, no Brasil, a competência para elaborar o plano está atribuída ao Poder Executivo, conforme o previsto no Art. 84, inciso XXIII, da Constituição Federal de 1988 (1). As políticas sociais ou políticas públicas são os meios para a realização da justiça social (2).

1) Planificação estatal

A lei do plano surge como uma resposta a um conflito de interesses, tendo como pano de fundo a garantia da previsibilidade²¹⁹, tão cara para o liberalismo econômico.

²¹⁶ Peter Häberle. “Leistungsrecht” im sozialen Rechtsstaat, *in* (do mesmo autor) *Verfassung als öffentlicher Prozess: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, 2. Ed., 1996, pp. 445 ss. (pp. 452 e 461).

²¹⁷ Karl-Jürgen Bieback. *Inhalt und Funktion des Sozialstaatsprinzips*, *in* *Jura* 1987 (5) 229 ss., p. 236.

²¹⁸ Detlef Merten. *Sozialrecht, Sozialpolitik*, *in* *Handbuch des Verfassungsrechts*, 1994, 961 ss, p. 995.

²¹⁹ Max Weber justifica a exigência de racionalidade da ordem jurídica pela necessidade do capitalismo de poder implementar os seus objetivos de lucro. A racionalidade, “que há no interesse de pessoas privadas operando capitalisticamente,” é uma exigência do capitalismo industrial, que exige certas “garantias da previsibilidade”, elencadas por Max Weber: “O Capitalismo industrial precisa poder contar com ... a continuidade, a segurança e a objetividade do funcionamento da ordem jurídica, com o caráter racional,

As imposições constitucionais obrigam o Estado a realizar políticas sociais que garantam a disponibilidade de recursos financeiros. Elas obrigam o Estado a ultrapassar a barreira da reserva do possível, viabilizando a existência de “direitos fundamentais sociais” através do planejamento. A tarefa de planejamento do Estado é orientada pelo princípio do Estado Social. O Estado toma para si o papel de controlador da distribuição de recursos escassos de acordo com diferentes fins, tendo a necessidade econômica como parâmetro para a política social²²⁰.

O próprio Estado Social deve garantir uma situação de confiança e de planejamento. A lei do plano ou do planejamento projeta a atividade do Estado através de fins. Tais fins são obrigatórios para o legislador. A natureza da obrigatoriedade imposta pelo plano é expressa por Cabral de Moncada ora como moral, ora como política²²¹. Ocorre que o princípio jurídico da confiança não significa uma inalterabilidade frente aos acontecimentos sociais. Significa sim uma previsibilidade e racionalidade no comportamento do legislador, que não concederia direitos, sem antes verificar da possibilidade orçamentária, conforme Art. 109, parágrafos 2-4 da Lei Fundamental alemã (que trata da reserva do possível)²²².

Há uma diferença entre o plano propriamente dito e a lei que o aprova (lei de aprovação). O parlamento aprova apenas as diretivas gerais de política econômica elaborado pelo Governo. O plano e o orçamento têm origem extraparlamentar, sendo as leis de aprovação apenas atos meramente em sentido formal. O orçamento da União é um plano, ou seja, uma lei de planejamento. O plano é o instrumento utilizado para

em princípio previsível, da administração e da justiça” (Cfr. *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1956, vol. II, p. 651).

²²⁰ W. Friedmann, *ob. cit.*, p. 508.

²²¹ Luís S. Cabral de Moncada. *A problemática jurídica do planeamento económico*. Coimbra: Coimbra Ed., 1985, respectivamente, pp. 105 e 121.

²²² Peter Badura. *Der Sozialstaat*, in *DÖV*, 1989, 491 ss. (496).

definir “o papel do setor público e do setor privado no desenvolvimento”²²³. Ele é resultado da atividade de planejamento, que não é outra coisa que uma avaliação racional de custos e benefícios do administrador. A lei que aprova o plano é norma de direito público.

O objeto de tal norma de direito público diferencia-se das demais normas jurídicas por ser incerto, ou seja, como um fim a perseguir, por isso, também considerado “lei-objetivo”²²⁴ ou lei de programa finalístico (*Zweckprogramm*, para os alemães, ou *Finalprogramm*, para os americanos). Ela possui uma visão prospectiva, pois “não se trata portanto de norma voltada a assegurar um tipo de conduta, mas sim o próprio alcance do seu objeto”²²⁵. Ela estabelece um fim e não necessariamente um meio. Para que a lei cumpra uma função na transformação social ela não pode mais ser apenas uma regra de competência e de comportamento humano editada pelo Poder Legislativo. Para que seja um instrumento de governo ela precisa ser editada por “um órgão funcionalmente dotado de iniciativa e impulsionamento da ação estatal”²²⁶. Por isso, não existe uma tutela direta dos direitos subjetivos dos cidadãos na alçada do plano²²⁷.

O plano pode ser classificado quanto ao critério vinculatório em relação aos particulares em: meramente indicativo, contendo índices e prognósticos; incitativo, quando o governo atua de forma a estimular (com subvenções, vantagens fiscais, créditos, infraestrutura etc.) ou de forma a desestimular (encargos fiscais); e imperativo (v.g. os planos

²²³ Eros Roberto Grau. Planejamento Econômico e Regra Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 79.

²²⁴ Fábio Konder Comparato. A Organização Constitucional da Função Planejadora, in Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional (Estudos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza). Porto Alegre: SAFE, 1995, págs. 77-93 (p. 89).

²²⁵ Eros Roberto Grau. Planejamento Econômico e Regra Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 76.

²²⁶ Fábio Konder Comparato. A Organização Constitucional da Função Planejadora, in Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional (Estudos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza). Porto Alegre: SAFE, 1995, págs. 77-93 (p. 80)

²²⁷ Luís S. Cabral de Moncada, ob. cit., p. 169.

urbanísticos e o Plano Cruzado I)²²⁸. Eros Roberto Grau diz que o plano é indicativo em relação ao setor privado e impositivo em relação ao setor público, não vinculando a administração externamente, senão que internamente. Significa dizer que não há o direito do particular de reclamar judicialmente “o cumprimento de uma definição do plano não atendida”²²⁹.

Os instrumentos de planificação estatal, que buscam reorganizar, manter e dar condições de competitividade mercantil são elencados por Claus Offe como sendo:

“Em primeiro lugar, tem regulações e incentivos financeiros no sentido de controlar a competência ‘destrutiva’ e a submeter aos competidores a regras que permitam a sobrevivência econômica de seus respectivos companheiros de mercado. Costumeiramente, estas regulações consistem em medidas e leis que pretendem proteger a parte ‘mais fraca’ na relação de intercâmbio, apoiando a esta parte com diversos incentivos. Em segundo lugar, está a categoria ampla de investimento em infraestrutura pública, dirigida a colaborar para que certas categorias de proprietários de mercadorias (novamente, tanto trabalho como capital) entre em relações de intercâmbio.

²²⁸ Almiro do Couto e Silva. Problemas Jurídicos do Planejamento, *in* RDA n. 170 (1987) pp. 1-17 (pp. 3-4).

²²⁹ Eros Roberto Grau. Planejamento Econômico e Regra Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 78. A fiscalização do plano deveria ser por um órgão político no entendimento de Fábio Konder Comparato. Como no caso de políticas públicas não se trata simplesmente de controle da legalidade ou de fiscalização contábil e financeira da atividade administrativa dos Tribunais de Contas, posiciona-se Fábio Konder Comparato pela atribuição de competência ao órgão programador no que tange a avaliação do impacto de políticas públicas sobre a sociedade (Cfr. A Organização Constitucional da Função Planejadora, *in* Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional (Estudos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza). Porto Alegre: SAFE, 1995, págs. 77-93 (pp. 90-91). A relação entre democracia e eficiência econômica não deve ser avaliada sob o ângulo de eleições livres e liberdade partidária, ou, então, de respeito aos direitos humanos. O problema de se atingir ou não o desenvolvimento através de políticas públicas está na estruturação das instituições políticas. Só assim se pode avaliá-las sob o “aspecto da oportunidade e da eficácia das decisões” (ob. cit., p. 92).

Exemplos típicos são diversos tipos de escolas, serviços de transporte, plantas de energia, medidas para desenvolvimento urbano e regional. Em terceiro e mais recente lugar, pretendemos introduzir esquemas de adoção conjunta de decisões e financiamento conjunto. (...) Esses esquemas estatalmente aprovados de mútuo acomodação entre associações e atores coletivos (descritos recentemente como neocorporativismo) não somente encontram-se na área da negociação sobre salários, senão em outras como habitação, educação e proteção ambiental”²³⁰.

Há que se distinguir que a transação de concessão de subvenção, por exemplo, cumpre duas etapas distintas: na primeira, a subvenção é autorizada por ato administrativo, de direito público, que tem para o preenchimento do requisito da reserva legal a orientação da maioria da doutrina “de que basta, por vezes, a regra instituidora da competência para conceder essas vantagens, ou então, a simples lei orçamentária”²³¹; na segunda etapa, ocorrem os atos posteriores de sua concretização, como por exemplo, um empréstimo a juros subsidiados, típicos negócios jurídicos de direito privado²³², onde poderia o particular reclamar judicialmente sobre questões controversas.

Característico ainda para a subvenção ou benefícios fiscais em geral é a prática comum de serem concedidos de forma vaga, não determinando a quantidade, nem o tempo de duração, o que de dificulta a apuração e a derrubada do benefício quando forem de encontro ao interesse público.

O plano possui comandos abstratos (quanto ao objeto) e gerais (quanto aos destinatários)²³³, o que dá à Administração Pública um poder discricionário para decidir

²³⁰ Claus Offe. *Contradicciones en el Estado del Bienestar*, ob. cit., p. 18.

²³¹ Almiro do Couto e Silva. *Problemas Jurídicos do Planejamento*, in RDA n. 170 (1987) pp. 1-17 (p. 5).

²³² Almiro do Couto e Silva. *Problemas Jurídicos do Planejamento*, ob. cit., p. 6.

²³³ Eros Roberto Grau. *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 241.

como realizar as metas²³⁴ impostas pelo plano dentro do prazo estipulado. As metas e os prazos são vinculatórios para a Administração, mas o “como” faz parte do seu poder discricionário, pois somente ela poderá decidir quanto aos instrumentos e meios a utilizar para a consecução do programa finalístico do plano.

As normas discricionárias definem simplesmente um quadro discricional ou administrativo. O problema da estrutura de justificação diferenciada dessas normas está na abertura que tem o intérprete-aplicador para sua interpretação quanto ao critério de oportunidade, que é atribuição exclusiva da administração, sendo que a sua justificação não se baseia nas fontes do direito, nem há “modelo de interpretação jurídica adequado que dê as diretivas para a aplicação do direito”²³⁵.

A lei do plano não pode ser avaliada apenas como uma questão de repartição de competências entre executivo e legislativo. A transformação do Estado afeta a Administração moderna. No início do século XX, o Poder Executivo passa a legislar e a lei perde as suas características de norma geral e abstrata. O contexto histórico exige do Estado um novo papel que não mais pode ser o de mero proclamador de direitos, mas agora ele deve assumir a tarefa de programar e realizar políticas públicas.

Para que fossem garantidos a racionalidade e o controle sobre atos estatais, a dogmática desenvolveu novas formas de medidas legislativas. Numa concepção material de lei, pode-se distinguir a atividade legislativa do Parlamento da atividade legislativa desenvolvida pelo Governo não apenas pela representatividade democrática, pois o

²³⁴ O Estado impõe metas políticas à economia. A política econômica estatal, conforme Fábio Konder Comparato, tem se orientado para a realização de quatro metas, que são a “estabilidade monetária, o equilíbrio cambial, o crescimento constante da produção nacional e o pleno emprego” (Cfr. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, *in* RT-737 (Março de 1997) 11 ss., p. 16). Isto não significa, no entanto, dizer que a validade de uma política e das normas e atos se condicionem mutuamente. Segundo Fábio Konder Comparato, tanto uma validade, quanto a outra pode ser declarada inconstitucional, sem que importe a inconstitucionalidade de ambas (p. 19).

²³⁵ Aulis Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable (La justification en droit)*. Traduit de l'anglais: “The rational as reasonable (A treatise on legal justification)”. Bruxelles: Story-Scientia, 1992, pp. 83-84.

Executivo também é eleito democraticamente, mas como uma decorrência direta do direito positivo, cabendo ao legislador constituinte a repartição de competências entre os poderes.

O plano é uma lei em sentido material. Cabral de Moncada define bem a concepção de lei em sentido material:

“A posição da lei perante a actividade de tutela do interesse público alterou-se, deixou de ser limite, como até aí, e passou a ser o pressuposto da acção administrativa, mas desta feita a lei não se limita ao acto parlamentar, para se alargar até ao acto elaborado pelo Executivo. Este é uma lei em sentido material mas não em sentido formal. É um acto legislativo mas não um acto parlamentar (ou do Legislativo).

Ao mesmo tempo que se alterava a noção de lei alterava-se também a noção de reserva de lei. (...) A capacidade da reserva de lei dilatou-se ao ponto de abranger agora todas as novas modalidades de actuação dos poderes públicos, dando testemunho da sua relevância jurídica, quer a norma seja de autoria parlamentar quer não”²³⁶.

Os movimentos sociais surgidos com a Revolução Industrial forçaram uma dilatação na competência administrativa do Estado. Muitas situações consideradas como não jurídicas e pertencente à esfera administrativa do Estado, passam a fazer parte da Constituição, tornando o Estado Social de Direito um grande Estado administrativo²³⁷.

²³⁶ Luís S. Cabral de Moncada, ob. cit., pp. 171 e 172.

²³⁷ Fábio Konder Comparato defende a não acumulação de tarefas administrativas com a função legislativa, tendo em vista que a função essencial do Estado hoje é a de planejamento ou programação das grandes políticas públicas. Sugere a criação de um órgão especial autônomo, que teria, dentro de limites pré-estabelecidos democraticamente, “competência privativa de elaborar e apresentar, ao órgão legislativo, o orçamento-programa correspondente a cada política pública.” (A Organização Constitucional da Função Planejadora, *in* Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional (Estudos em homenagem ao Professor Washington Péluso Albino de Souza). Porto Alegre: SAFE, 1995, págs. 77-

Existe uma estreita ligação entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo. Prova disso é que as características de generalidade e impessoalidade das leis do modelo liberal, típicas do positivismo do século XIX, que dividia os atos normativos em legislativos e administrativos, já não se adequam às necessidades de intervenção do Estado, que hoje deve atender aos “fins da ordem econômica”²³⁸. O processo político-constitucional contemporâneo exerce uma influência direta sobre o sistema de fontes jurídicas. As características de generalidade e impessoalidade das leis do modelo liberal, típicas do positivismo do século XIX, que dividia os atos normativos em legislativos e administrativos, já não se adequam às necessidades de intervenção do Estado, que hoje deve atender aos “fins da ordem econômica”²³⁹.

Na Constituição, pode-se encontrar as normas de vinculatoriedade geral para o exercício da autoridade, mas não é a única fonte normativa para a Administração pública. A Administração pública encontra-se regulamentada por normas jurídicas gerais, vinculatórias para todos, e por normas especiais, vinculatórias apenas para ela e criadas por ela.

a) Lei, regulamento e ato administrativo

A distinção entre lei e regulamento tem sua origem na distinção que faz a doutrina alemã entre lei formal e lei material de Laband. “Lei em sentido material é uma norma jurídica ou um preceito jurídico, uma determinação do ‘que deve ser Direito para todos’²⁴⁰. Lei em sentido material é aquela que intervém na liberdade e na propriedade do cidadão, independentemente da forma.

93, p. 89). Já não cabe mais separar as funções do Estado em legislação e aplicação de leis, mas como afirma Fábio Konder Comparato, em programação e execução de grandes políticas nacionais (ob. cit., p. 82).

²³⁸ Eros Roberto Grau. Elementos de Direito Econômico. São Paulo: RT, 1981, p. 77.

²³⁹ Eros Roberto Grau. Elementos de Direito Econômico. São Paulo: RT, 1981, p. 77.

O Tribunal Constitucional alemão se manifestou no sentido de que o regulamento normativo ocupa o lugar de uma lei sempre que ele intervir na esfera jurídica do particular, tomando o lugar reservado à lei formal²⁴¹. O regulamento constitui-se, nesse caso, em lei em sentido material. A regra geral é: a lei inova em termos de direitos e deveres; o regulamento concretiza o que é estipulado na lei, aproximando-a da situação concreta, podendo em alguns casos tomar o lugar da lei.

Os regulamentos jurídicos, em contraposição aos regulamentos administrativos, tratam de relações gerais de poder e devem se submeter às exigências do ordenamento jurídico. Os regulamentos administrativos são atos típicos da Administração Pública, que expressam o poder, o *imperium* do Estado²⁴². O regulamento é um ato administrativo normativo, que se diferencia do ato administrativo executivo, concreto, por ser “critério material de decisão de casos concretos”²⁴³. É ato privativo do Chefe do Poder Executivo (Art. 84, inciso IV, da Constituição Federal de 88). A postura tradicional da doutrina tem relegado o regulamento a uma posição subsidiária e subordinada à lei. Contudo, ocorre também a possibilidade de regulamentos independentes²⁴⁴, não sujeitos a uma lei. No Brasil, a doutrina sustenta ser possível apenas o regulamento de execução, baseados nos arts. 5º, inciso II e 84, inciso IV, da Constituição Federal de 88, que impedem o Executivo de restringir a liberdade e a propriedade individual²⁴⁵, matérias que estão sob reserva legal.

b) Limites da planificação estatal

²⁴⁰ Carl Schmitt. *Legalidade y Legitimidad*. Madrid: Aguillar, 1971, 33-34.

²⁴¹ BVerfGE 2, 307 (329).

²⁴² Almiro do Couto e Silva. *Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo*, in RDP-84, pp. 46 ss. (p. 51).

²⁴³ Clémerson Merlin Clève. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. 1993, p. 221.

²⁴⁴ Também chamado de regulamento autônomo. Ver Luciano Ferreira Leite. *O Regulamento no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

²⁴⁵ Eros Roberto Grau. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 182.

Na atividade de planificação, o Estado Social é restringido a um tratamento preferencial à economia capitalista, uma vez que “o funcionamento saudável deste subsistema econômico (investimento capitalista e ‘pleno emprego’ da força trabalhista)” depende “dos processos de produção e intercâmbio de bens, que desbordam seu poder imediato de controle e organização direta”²⁴⁶.

b.1) A globalização

A globalização é um fator de enfraquecimento do Estado, porque organizações mundiais e instituições internacionais ou supranacionais influenciam no enfraquecimento da soberania do Estado. O capitalismo, como sistema social, é um fato econômico, jurídico e político. A forma jurídica, no entanto, não contém toda a estrutura econômica, pois existem relações de produção que escapam ao império de regras jurídicas. Apesar do capitalismo necessitar do poder estatal, do poder público para empreender, ele não se deixa dominar. O Estado como sistema político, é um subsistema político, quando se considera a ingerência externa na economia nacional e também fenômenos do capitalismo mundial que escapam do controle da soberania nacional²⁴⁷.

b.2) *Lex Mercatoria*

As conjunturas econômicas influenciaram fortemente no surgimento de um direito especial, que abandona a concepção estreitamente estatal do Direito, um direito mutante, continuamente renovado, que é o da *Lex Mercatoria*, que seria, nas palavras de Juan Ramon Capella

²⁴⁶ Cfr. *Contradicciones en el Estado del Bienestar*. Madrid: Alianza Editorial, 1990, p. 112.

²⁴⁷ Jürgen Habermas fala de um capitalismo concorrencial que seria uma esfera privada “tendencialmente neutra quanto à força e emancipada quanto à dominação” e teria nas garantias jurídicas a sua constituição econômica básica. As garantias jurídicas, ao vincularem as funções do Estado a normas gerais, protegeriam, junto com as liberdades codificadas no sistema de Direito Privado burguês, a ordem do

“o conjunto de normas acordadas explícita ou implicitamente pelos grandes agentes econômicos, com independência dos poderes públicos, para regular suas relações recíprocas, para regular suas relações com estados abertos e para determinar as políticas destes”²⁴⁸.

Portanto, nem todo o direito é produzido pelo Estado de Direito. Existe um poder

“não domesticado juridicamente, introduzid(o) no direito a partir de fora. O aperfeiçoamento do Estado de direito pode ser entendido como uma seqüência, aberta em princípio, de medidas cautelares, conduzidas pela experiência, contra a subjugação do sistema jurídico através do poder – ilegítimo – das circunstâncias, o qual contradiz sua autocompreensão normativa. E aqui se trata de uma relação externa entre facticidade e validade (percebida na perspectiva do sistema jurídico), uma tensão entre norma e realidade, que constitui um desafio para uma elaboração normativa”²⁴⁹.

Matérias desafiantes à ordem jurídica são citadas por Habermas como sendo o mercado e o poder administrativo e devem ser trazidas para uma “autocompreensão constitucional da comunidade”²⁵⁰. Matérias como a desregulamentação de mercados e a proteção de reservas naturais são exemplos atuais de mudanças da sociedade. Ernst Benda afirma que não é mais a economia que determina a sociedade, mas a política²⁵¹. A moderna sociedade precisa de planos de desenvolvimento, de comando da economia e precauções contra perigos.

mercado livre (Cfr. Mudança estrutural da esfera pública. Tradução de Flávio R. Kothe do texto original em alemão “Strukturwandel der Öffentlichkeit”. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 99-100).

²⁴⁸ Juan Ramón Capella. Fruta Proibida. Madrid: 1997, p. 273. No Brasil, Irineu Strenger estuda a *Lex Mercatoria* a partir de um Direito material da arbitragem e dos contratos internacionais.

²⁴⁹ Jürgen Habermas, Direito e Democracia (entre facticidade e validade), ob. cit., vol. I, p. 61.

²⁵⁰ Habermas, Direito e Democracia (entre facticidade e validade), ob. cit., vol. I, p.63.

²⁵¹ Der soziale Rechtsstaat, in Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Ernst Benda (Hrsg.) und Konrad Hesse (Mitw.). 2^a Aufl., 1994, p. 794.

A globalização obriga o poder executivo a atitudes compensatórias que fogem a uma previsão legal determinada, sendo apenas legitimado pela racionalidade de seus atos. O risco aqui é o descontrole do poder e se passar a justificar os atos pela difundida teoria hobbesiana, que explica o poder, como se fosse simplesmente a capacidade generalizada de atingir fins ou metas nas relações sociais, independentemente dos meios empregados ou da competência da autoridade para impor obrigações.

2) Políticas Públicas

Atividade da política social significa principalmente a promoção e a proteção do livre desenvolvimento da personalidade dos menos favorecidos no Estado Social. Por isso, o princípio do Estado Social de Direito é aplicado na maior parte das vezes com o auxílio do princípio da igualdade.

Hans Zacher define o Estado Social como sendo o que tem como objetivo

“garantir uma existência digna a todos, diminuir diferenças de riqueza (*Wohlstandsunterschiede*), eliminar ou controlar relações de dependência”²⁵².

O Estado alcança esses fins através do planejamento econômico, da intervenção, da prestação, da distribuição e pelas precauções no que tange a existência do indivíduo.

O Estado Social tem uma atitude de atuação no social para possibilitar o acesso ao exercício da liberdade a todos, independentemente do título de propriedade que tenha, numa concretização do princípio da liberdade, através da efetivação da igualdade social. A idéia de “igualdade de oportunidades” e de promoção da justiça social movem o

²⁵² Hans F. Zacher. Was können wir über das Sozialstaatsprinzip wissen?, in Festschrift für H.-P. Ipsen, 1977, pp. 206 ss. (p. 237). Também do mesmo autor: Das soziale Staatsziel, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I (1995), pp. 1045 ss. (p. 1060 s.)

Estado Social. O Estado abandona a sua posição de neutralidade perante os problemas sociais e assume uma postura ativa, no sentido de concretizar a igualdade material.

O Legislador pode, no entanto, promover a igualdade de duas formas: quando estende os benefícios de uma parte a outra, gerando um desenvolvimento social (a); ou quando, ao invés de estender os benefícios resolve tirá-los, igualando as partes num sentido de dar um passo atrás no desenvolvimento social (b).

A indeterminação do conteúdo do princípio da igualdade permite que ocorra as duas interpretações. A questão que se coloca é se o princípio do Estado Social de Direito consegue barrar um movimento contrário ao desenvolvimento social. O Tribunal Constitucional alemão decidiu especificamente que o princípio do Estado Social de Direito não é o adequado para essa tarefa, uma vez que ele é dinâmico e elástico, e não tem esse objetivo, mas tão somente o de garantir a melhor política social para o momento²⁵³.

O Supremo Tribunal Federal entendeu na Ação direta de inconstitucionalidade (Adin de n. 1.946, de 1998) sobre Emenda Constitucional n. 20, de 1998, que fixava um limite máximo de R\$ 1.200,00 para o valor dos benefícios do regime geral de Previdência Social, sendo a responsabilidade pelo que excedesse esse valor transferido às empresas, sem direito a ressarcimento por parte do INSS, como uma discriminação negativa para as mulheres no mercado de trabalho, contrariando o teor do art. 7., inc. XXX e o art. 3., inc. IV da Constituição Federal²⁵⁴.

Segundo o entendimento de Ernst Benda:

²⁵³ BVerfGE 39, 302 (315). Hans F. Zacher. "Was können wir über das Sozialstaatsprinzip wissen?", in Festschrift H.P. Ipsen, 1977, pp. 207 ss. (230).

²⁵⁴ Luiz Werneck Viana et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: 1999, p. 66.

“O significado fundamental da cláusula do Estado Social de Direito está, para a tomada de uma decisão política, não no seu conteúdo, mas no âmbito do método: no qual será apenas protegido o que geralmente convence e também possibilita bons resultados, sendo consenso e capacidade de adaptação exigidos”²⁵⁵.

O princípio do Estado Social é um princípio legitimante para a atuação dos poderes do Estado na consecução de fins. Para Peter Badura²⁵⁶, o princípio do Estado Social de Direito é um princípio político, que está submetido aos riscos das mudanças sociais. Ele surge da necessidade de intervenção em situações concretas. Ocorre que o adjetivo “social” é uma expressão aberta, ensejadora de variadas interpretações, que tanto podem se adequar a uma ou a outra política social, uma vez que a preocupação com justiça social é um tema fundamental de qualquer política. Sob o termo “social” pode se esconder, segundo Elías Díaz, também interesses de um neocapitalismo²⁵⁷. Nesse mesmo sentido, é o alerta de Jorge Eduardo Bustamante de que

“sempre é possível alegar algum fundamento técnico ou uma nova teoria econômica que justifique a implementação de uma medida de interesse puramente setorial, como conducente ao bem-estar geral”²⁵⁸.

a) Discriminação positiva

Os americanos têm uma solução política pioneira para o problema de desigualdades sócio-econômicas que atinjam apenas um grupo racial, cultural, ou outras formas de minorias. São as chamadas ações afirmativas (*affirmative actions*) ou discriminação

²⁵⁵ Ernst Benda. *Der soziale Rechtsstaat. Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Ernst Benda (Hrsg.) Konrad Hesse (Mitw.) 2. Aufl. (1994) 719 ss., p. 769.

²⁵⁶ Peter Badura. *Der Sozialstaat*, in *DÖV* 1989, pp. 49-499.

²⁵⁷ Cfr. *Estado de Derecho e Sociedad Democrática*. Madrid: Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1973, p. 121.

positiva (*reverse discrimination*) para o direito europeu. Ocorre que a norma jurídica perde no Estado Social de Direito as características de generalidade e igualdade²⁵⁹, pois Estado gera, ao tratar casos concretos e particulares, que digam respeito a indivíduo ou a grupos, discriminações. Jorge Eduardo Bustamante diz que o Estado, ao

“limitar o exercício de direitos constitucionais, visando ampliar (mediante normas de prevenção, fomento ou equidade) os direitos de certos grupos ou setores determinados, deixa de lado a função harmonizadora, estabelecendo privilégios inconstitucionais que ampliam a capacidade real de exercício dos direitos constitucionais de alguns mediante a imposição de limitações a outros”²⁶⁰.

A realização dos “direitos fundamentais sociais” implicam muitas vezes em prejuízo dos direitos de liberdade de outros²⁶¹. Ao conceituar a discriminação positiva, enfatiza Maria José Morais Pires o direito coletivo como conteúdo dessas normas jurídicas,

“que prevêm um tratamento distinto para certas pessoas ou categorias de pessoas, com vista a garantir-lhes uma igualdade material em relação aos outros membros da sociedade”²⁶².

²⁵⁸ Cfr. *Desregulacion (entre el derecho e la economia)*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. Cap. III, p. 56.

²⁵⁹ “Muitas das modernas leis não são já normas gerais e abstratas,” como afirma J. J. Gomes Canotilho, “mas sim reações estaduais tendentes a resolver problemas concretos e singulares, situações de necessidade carecidas de remédio urgente, dotadas de executividade imediata e aderentes a um facto determinado” (Cfr. *O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1974, p. 149).

²⁶⁰ Cfr. *Desregulacion (entre el derecho e la economia)*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. Cap. III, p. 55.

²⁶¹ Konrad Hesse. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, ob. cit., p. 170.

²⁶² Maria José Morais Pires. *A Discriminação Positiva no Direito Internacional e Europeu dos Direitos do Homem*, in *Documentação e Direito Comparado*, n. 63/64, 1995, pp. 7-79 (pp. 18-19).

A discriminação positiva é aquela que estende aos grupos prejudicados os benefícios dos grupos favorecidos. Joaquim B. Barbosa Gomes define as ações afirmativas

“como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e do origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado”²⁶³.

Elas postulam a legitimidade de um tratamento desigual, ou como afirma Joaquim B. Barbosa Gomes,

de um “tratamento preferencial” a um grupo historicamente discriminado, de modo a inseri-lo no ‘*mainstream*’, impedindo assim que o princípio da igualdade formal, expresso em leis neutras que não levam em consideração os fatores de natureza cultural e histórica, funcione na prática como mecanismo perpetuador da desigualdade”²⁶⁴.

A discriminação positiva concede garantias de certas “preferências”, como emprego público, vagas em escolas de brancos, em Universidades, leitos em hospitais, quotas para mulheres, para minorias desfavorecidas.

As ações afirmativas compreendem “medidas legislativas e administrativas”, mas o Poder Judiciário também tem uma participação ativa nas políticas públicas dos Estados Unidos.

A partir do momento em que as normas constitucionais estendem o seu conteúdo, abrangendo também as leis infraconstitucionais, abre-se, então, uma disputa entre

²⁶³ Joaquim B. Barbosa Gomes, ob. cit., p. 40.

²⁶⁴ Joaquim B. Barbosa Gomes, ob. cit., p.22.

política e o direito, entre o Legislador e o Judiciário, o primeiro tentando mudar o *status quo*, o segundo tentando mantê-lo.

Jorge Miranda restringe a atuação do Tribunal Constitucional a um poder de controle negativo, o que ficaria evidente, segundo ele, no fato do controle de constitucionalidade por omissão ter um alcance meramente declarativo²⁶⁵. Conforme essa posição doutrinária, a distribuição dos recursos financeiros disponíveis do Estado seria uma “questão política”, que não poderia ser resolvida pela aplicação judicial do direito, não sendo o recurso judicial o meio certo para se discutir diferentes opiniões a respeito da repartição e distribuição dos interesses sociais e financeiros do Estado.

O grau e a intensidade de vinculação constitucional da lei é diretamente proporcional ao grau de especificação da norma constitucional. Na avaliação do grau de densidade normativa, a regra geral é a seguinte: quanto maior densidade política, o que corresponde às questões políticas (*political questions*), tiver um ato, maior será a liberdade do legislador e menor a sua vinculação normativa.

A teoria constitucional americana demonstra, no entanto, não ser fácil a limitação da atuação da Corte Constitucional a partir do entendimento do que venha a constituir “questões políticas”. Visando resguardar-se de imiscuir-se em questões de somenos importância, desenvolveu a Suprema Corte americana uma técnica jurídica para ajudar a decidir previamente sobre litígios, num claro intuito de se autolimitar a algumas regras de interpretação (cânones judiciais, “*standards*”, “*tests*”), como por exemplo a técnica do *self-restraint* ou da abstenção nas chamadas “questões políticas”.

A técnica jurídica de um *judicial self-restraint* ou de abstenção apareceu na década de oitenta nos Estados Unidos com o propósito de conter o ativismo judicial. O ativismo judicial é a atitude interventiva do Poder Judiciário, no sentido de transformar uma

²⁶⁵ Jorge Miranda. Nos dez anos de funcionamento do Tribunal Constitucional, *in* Tribunal Constitucional – Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Coimbra: Coimbra Ed., 1995, p. 91 ss., p. 96.

norma de conteúdo proibitivo em promocional. Conteúdo promocional significa intervenção no indefinido plano político, ou seja, intervenção em “questões políticas”.

A doutrina das “questões políticas”, firmada por Marshall, compreendia no seu conceito assuntos relativos à nação, excluindo-se os direitos individuais²⁶⁶. Lawrence H. Tribe²⁶⁷ defende a total abstenção da Suprema Corte no que tange ao controle de uma “*political-question*”, o que não seria outra coisa, segundo Christian Starck, que uma interpretação restritiva da Constituição²⁶⁸. O próprio Tribe reconhece, porém, serem incertos os limites de apreciação da matéria. Na doutrina das *political questions*, procura-se elencar as questões que são assumidas como intrinsecamente não-judiciáveis. Em suma, em teoria são consideradas *political questions* assuntos que cabem ao Governo ou ao eleitorado a palavra final, mas na prática o que venha a constituir uma “questão política” fica no arbítrio²⁶⁹ da Suprema Corte, conforme a sua composição.

O Tribunal Constitucional não apenas preserva como também é um agente necessário de transformação social. Ocorre que pelo princípio da maioria democrática, o legislador ordinário é a expressão da maioria de governo e a justiça constitucional é a expressão dos direitos das minorias²⁷⁰. Vital Moreira diz que a figura da autolimitação da justiça constitucional pode caracterizar uma renúncia de “função” constitucionalmente atribuída

²⁶⁶ Lêda Boechat Rodrigues. A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992, pp. 38 e 39.

²⁶⁷ American Constitutional Law. Second Edition. Mineola, New York: The Foundation Press, Inc., 1988, pp. 96 ss.

²⁶⁸ Christian Starck La légitimité de la justice constitutionnelle, in Tribunal Constitucional – Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Coimbra: Coimbra Ed., 1995, pp.59-73 (70).

²⁶⁹ A Suprema Corte “escolhe discricionariamente os casos que pretende examinar, à luz do critério da relevância intrínseca de cada litígio e em função da necessidade de uniformização da jurisprudência das cortes federais e estaduais de apelação” (cfr. Joaquim B. Barbosa Gomes, ob. cit., p. 211). Somente após uma prévia votação de pelo menos 4 dos 9 ministros podem os autos ser recebidos pela Corte para o exame do mérito.

²⁷⁰ Daí a afirmação de Vital Moreira de que o princípio da maioria não serve mais para impedir a “justiça constitucional mas sim de limite dos poderes do juiz constitucional” (in Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade, ob. cit., p. 177 ss., p. 180).

ao poder judiciário²⁷¹. A autoridade da Suprema Corte americana para rever a constitucionalidade das leis não se origina de qualquer delegação expressa na Constituição, como é o caso do controle de constitucionalidade nos moldes kelsenianos. A Suprema Corte assumiu no primeiro caso em que se suscitou o controle judicial – *Marbury v. Madison*, em 1803 – tal poder que “provém do dever judicial de determinar a lei”²⁷². Deve-se ao controle judicial a garantia de eficiência prática à Constituição americana, impedindo que ela se torne apenas uma folha de papel (Lassalle), pois, conforme Bernard Schwartz, “somente a confirmação judicial é que faz dos dispositivos da Constituição americana mais do que simples máximas de moralidade política”²⁷³.

O silêncio do Poder Judiciário pode caracterizar a convivência com uma política social. W. Friedmann ressalta a importância da não submissão do do poder judiciário à política governamental na sociedade democrática:

“Na sociedade democrática contemporânea, o juiz tem que decidir entre a submissão ao Governo ... e as necessidades econômicas constantemente cambiantes. Não é necessário assinalar os perigos da completa submissão política que a judicatura tem experimentado sob o facismo e o comunismo. A administração de justiça nesses sistemas converte-se numa função predominantemente política e num instrumento da política de governo”²⁷⁴.

Por isso, as normas de “direitos fundamentais sociais” possuem uma natureza híbrida: elas possuem elementos políticos (que devem ser complementados com dados

²⁷¹ Vital Moreira. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade, ob. cit., p. 195.

²⁷² Bernard Schwartz, ob. cit., pp. 24 e 25.

²⁷³ Bernard Schwartz, ob. cit., p. 26. A supremacia da Constituição, a qual vêm resguardar os direitos dos cidadãos perante o Estado, apóia-se sobre o *judicial review*, que é a faculdade judicial de declarar as leis e atos infraconstitucionais inconstitucionais. A Constituição americana tem o seu conteúdo revelado pela interpretação judicial. É através desta que a Constituição ganha “eficiência prática” (Ob. cit., p. 18).

²⁷⁴ W. Friedmann. El Derecho en una Sociedad en Transformacion. Mexico-Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1966, p. 75.

provenientes da realidade) e elementos jurídicos, pois os juízes devem exercer uma opção dentre as políticas sociais que mais se adequam ao sentido das normas constitucionais.

“O juiz deve levar em consideração as mudanças na opinião pública e na política social, nas manifestações suficientemente fundamentais para ser aceitas pelo consenso da opinião pública e para ser expressadas pela tendência geral na política legislativa. A formulação dessa atitude tem que ser sempre vaga, porque os modos como as mudanças da opinião pública se expressam na sociedade democrática são muitos, e não é tarefa fácil para um tribunal fixar o limite entre as evoluções aceitas da opinião pública, de um lado, e a filosofia ou o prejuízo pessoais de outro”²⁷⁵.

Muitos dos “direitos fundamentais sociais” são incorporações de políticas sociais, como por exemplo a legalização dos sindicatos de trabalhadores e o salário mínimo. Os sindicatos tornaram-se, porém, organizações poderosas e com frequência monopolizadoras, havendo agora a colisão dos princípios constitucionais da liberdade individual de escolher o seu lugar de trabalho e a associação.

A participação do Poder Judiciário nas políticas públicas é, porém, condicionada, pois

“somente após o esgotamento da via administrativa pode a eventual vítima de discriminação se socorrer da via jurisdicional para ver examinadas as suas postulações em matéria de discriminação no mercado de trabalho”²⁷⁶.

²⁷⁵ W. Friedmann, ob. cit., pp. 49-50.

²⁷⁶ Joaquim B. Barbosa Gomes. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade (O Direito como instrumento de Transformação Social. A experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2001, pp. 59 e 156.

A exaustão da instância administrativa não é exigida “quando se trata de demanda judicial por discriminação na área de Educação”²⁷⁷. O tratamento desigual somente é considerado legítimo pela Corte Constitucional americana, quando ele fizer parte “de um programa regularmente concebido e com vista a reparar uma situação de flagrante injustiça”²⁷⁸. Nos Estados Unidos, tal solução política vincula todos os Poderes do Estado, inclusive o Poder Judiciário, que também formula “políticas tendentes a corrigir as distorções provocadas pela discriminação”²⁷⁹.

De acordo com a 14^a Emenda à Constituição americana, não deve o Estado negar proteção igual pela lei, dentro de seu território. Hoje, essa determinação é conhecida como proibição genérica de discriminação jurídica, que tem a eficácia principal, como as demais determinações da Constituição, de um direito de defesa. A 14^a *Amendment* – “*due process of law*” – 1868, foi apenas uma tentativa de proteger os americanos da limitação estatal e não de lhes garantir a atuação do Estado²⁸⁰. Com a 14^a *Amendment* pretendeu-se dar base a *Civil Rights Law* de 1866, que estendeu aos negros o direito de contratar e que penas fossem igualmente válidas para negros e brancos. A cláusula do *due process of law* representa os interesses da iniciativa privada e, dessa forma, contrapõe-se ao poder de polícia²⁸¹, colocando os direitos fundamentais acima do controle do Governo. No entanto, não se deve de imediato entender que os americanos não têm nenhuma proteção social. A liberdade individual expandiu-se nos Estados Unidos consideravelmente desde 1950, principalmente no que tange ao direitos da mulher e das minorias raciais. A regra da igual proteção – *equal-protection Regel* – foi o ponto de partida para a proteção da minoria²⁸².

²⁷⁷ Joaquim B. Barbosa Gomes, ob. cit., p. 129.

²⁷⁸ Joaquim B. Barbosa Gomes, ob. cit., p. 22.

²⁷⁹ Joaquim B. Barbosa Gomes, ob. cit., p. 7.

²⁸⁰ David P. Currie. Positive und negative Grundrechte, in AÖR 1986 (111) 230 ss., p. 231.

²⁸¹ O poder de polícia da doutrina e na jurisprudência americanas é matéria constitucional. Caio Tácito explica que “o *policer power* se apresenta, sobretudo, em referência ao exercício da função legislativa.” Nos Estados Unidos, o poder de polícia tem origem nos poderes residuais constitucionalmente atribuídos aos Estados. Cfr. O Poder de Polícia e seus limites, in RDA 27 (1952), pp.1-11 (p. 5).

²⁸² David P. Currie. Positive und negative Grundrechte, ob. cit., p. 245.

O direito fundamental à igualdade (*Nichtdiskriminierungsfunktion*) não tem na jurisprudência alemã o mesmo papel que tem na dos Estados Unidos²⁸³. No direito alemão, o Tribunal Constitucional entende ser uma tarefa do legislador criar leis que favoreçam os desprivilegiados. A tarefa do Tribunal Constitucional ficaria restrita a preenchimento de lacunas²⁸⁴. A dogmática tradicional alemã dos direitos fundamentais ignora a proibição de discriminação, sendo que em sua fase de formação o princípio da igualdade não aparece como um direito fundamental²⁸⁵, apesar da aplicação do princípio da igualdade estar presente no conteúdo dos direitos à liberdade. O princípio genérico da igualdade do Art. 3º, parágrafo 1º, da Lei Fundamental alemã contém apenas uma proibição de arbítrio. O legislador tem poder de erigir tratamento desigual dentro da esfera de abrangência deste princípio.

A 14ª *Amendment* proíbe apenas ao Estado tratar os cidadãos desigualmente. A atuação de cada um dos cidadãos não é abrangida em seu comando²⁸⁶. No entanto, pode ocorrer que um particular exerça uma atividade que apenas *a priori* se classifica como de natureza privada e, em havendo alguma possibilidade de classificá-la como pública ou de interesse público, o Poder Judiciário americano publiciza tal atividade “em razão da presença do mais singelo indício de exercício de autoridade estatal”²⁸⁷. O mínimo resquício de intervenção do Estado numa organização ou instituição privada (por exemplo: subvenção, benefícios fiscais, bolsa de estudo concedida a um aluno de instituição de ensino privada) de que ela fez uso de recursos públicos, seja de forma direta ou indireta, basta para incluí-la numa ação afirmativa e submetê-la ao regime do

²⁸³ Hans D. Jarass. Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik, in AÖR 120 (1) 1995, 345 ss., p. 348.

²⁸⁴ Rainer Störmer. Gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbote versus nationale Grundrechte? in AÖR 123 (1998) 541 ss. (p. 550)

²⁸⁵ Hans D. Jarass. Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik, in AÖR 120 (1) 1995, 345 ss., p. 349.

²⁸⁶ David P. Currie. Positive und negative Grundrechte, ob. cit., p. 248.

²⁸⁷ Joaquim B. Barbosa Gomes, ob. cit., p. 88.

poder público, que no caso é a imposição ao Estado de promover a justiça social e, por isso, não pode ele legitimar atos discriminatórios de natureza privada.

Na Alemanha, as leis prestacionais são aquelas que obrigam ao Estado a realizar a justiça social. Tais leis na maioria das vezes dirigem-se num primeiro momento ao Administrador e, só num segundo momento, ao cidadão e a grupos e organizações sociais. As ações de empresas privadas, como empresas de seguro e grupos e organizações sociais, como cooperativas, sindicatos são disciplinadas por direito privado, não estando obrigadas a realizar a política social do Estado. Estes representantes da esfera privada não constituem destinatários dos “direitos fundamentais sociais”, pois os bens privados são destinados a necessidades individuais. Além disso, eles não foram financiados por impostos, como ocorre no caso de assistências sociais.

b) A “vedação do retrocesso social” (*soziales Rückschrittsverbot*)

Os direitos fundamentais, de uma perspectiva institucional, tem modificado o seu entendimento de que apenas liberdades já concebidas previamente seriam posições jurídicas (*Rechtspositionen*) garantidas imediatamente nas normas constitucionais e que o legislador não teria uma contribuição positiva para a formação desse direito. A garantia de instituições sociais não visa a existência de normas de liberdade, mas a proteção da existência de normas que assegurem instituições sociais, pois as leis infraconstitucionais formam a própria garantia. Dessa forma, o caráter institucional dos direitos fundamentais resulta da necessidade de limitação e de conformação da liberdade pelo legislador.

Os direitos fundamentais determinam as condições de exercício do poder do Estado contra o indivíduo, não significando apenas funções limitativas, mas também legitimantes para a atuação do Estado. O controle da lei pode garantir a liberdade individual e ao mesmo tempo deixar que a lei desempenhe sua função de planificadora

do direito²⁸⁸. A garantia institucional da imprensa livre (Art. 5º, inciso IX, da Constituição Federal de 1988), por exemplo, não visa a proteção da liberdade individual, mas a garantia de uma matéria comunitária constitucional, que tem na existência de regras a condição para o exercício fático de uma liberdade natural. O conteúdo das normas construídas institucionalmente servem para orientar o controle racional da intervenção legislativa. Outros exemplos de garantias institucionais da Constituição Federal de 1988 são os arts. 5º, *caput* (propriedade), 194 (seguridade social), 222 (família) e 207 (autonomia universitária).

A garantia de propriedade é um programa político e econômico, que deve ser desenvolvido pelo legislador. A propriedade, enquanto direito, é reconhecida e compreendida como o legislador a criou. O legislador deu forma a ela. No mesmo preceito da garantia da propriedade convivem direito subjetivo e garantia institucional. O direito de propriedade (art. 5º, inciso XXII, da Constituição Federal de 1988) é uma garantia institucional e que, por isso, possui um caráter dinâmico e ao mesmo tempo uma não abertura a alterações pelo legislador no que tange aos elementos do instituto da propriedade: a utilidade privada e o poder de disposição. As garantias institucionais procuram resguardar através da Constituição o mínimo de sua essência²⁸⁹. O direito de propriedade não pode ser modificado pelo legislador no seu conceito básico, mas pode e deve ser alterado fora desse conceito para atingir o interesse público, que deve ser legitimado pelo princípio da proporcionalidade²⁹⁰.

²⁸⁸ W. Friedmann, ob. cit., p. 23.

²⁸⁹ Gilmar Ferreira Mendes. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões, *in* *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, pp. 197 ss. (p. 242). Também Ingo Wolfgang Sarlet. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 167.

²⁹⁰ BVerfGE 8, 71 (80); 21, 73 (84), entre outras decisões.

A tese da “vedação do retrocesso social” é fundamentada no direito de propriedade²⁹¹. A propriedade privada, numa visão da história econômica, é legitimada por ser um meio de subsistência individual e, assim, poder o indivíduo fazer frente às necessidades materiais.

O anseio por liberdade e propriedade guiaram o pensamento liberal e o surgimento do Estado moderno. A noção de propriedade desenvolvida por Locke enfatiza a necessidade de união em sociedade como forma de preservação mútua da vida, da liberdade, dos bens, chamando a essa preservação de “propriedade”²⁹². A existência humana como idéia de propriedade a ser defendida pelo poder estabelecido, que no caso tem no poder legislativo o poder supremo.

Hoje, a idéia de propriedade como garantia da subsistência é transposta para outros bens, como

“a garantia de emprego e salário justo e as prestações sociais devidas ou garantidas pelo Estado, como a previdência contra os riscos sociais, a educação e a formação profissional, a habitação, o transporte e o lazer”²⁹³.

Isso não significa que a propriedade deixou de ter o seu valor como modo de superação de necessidades vitais. Ocorre que ser proprietário é um privilégio para poucos. A grande maioria dos cidadãos numa sociedade industrial possui apenas a aposentadoria como único patrimônio para assegurar a sua existência. A idéia de propriedade é

²⁹¹ Ingo Wolfgang Sarlet. O Estado Social de Direito, a proibição do retrocesso e a garantia fundamental da propriedade, *in* AJURIS (73) 1998, pp. 210 a 213 e *in* Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 17, 1999, pp. 111 a 132.

²⁹² John Locke. Two Treatises of Government. 1690, cap. IX. Edited with an Introduction by Thomas I. Cook. New York: Hafner Publishing Co., p. 184.

²⁹³ Fábio Konder Comparato. Função social da propriedade dos bens de produção, *in* Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 63, Julho-Setembro/1986, pp. 71 ss. (p. 73)

relacionada a uma garantia de aposentadoria. A garantia da propriedade vale aqui como uma tarefa do Estado em relação à segurança e uma conformação existencial²⁹⁴.

O princípio da “vedação do retrocesso social” pretende dar contornos mais definidos ao princípio do Estado Social. O princípio da “vedação do retrocesso social” é uma tese sobre os “direitos fundamentais sociais”, em que eles seriam conquistas sociais e, portanto, configurariam como garantias institucionais e também como direitos subjetivos. O embasamento teórico da tese da “vedação do retrocesso social”, conforme Canotilho, é:

“O reconhecimento desta protecção de ‘direitos pretacionais de propriedade’, subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e expectativas subjectivamente alicerçadas”²⁹⁵.

A “vedação do retrocesso social” pretende limitar vontade política do legislador que fosse no sentido de diminuir os direitos sociais adquiridos, como por exemplo: a segurança social, o subsídio de desemprego, a prestação de saúde pública e gratuita. O legislador que causasse tal mudança social estaria indo de encontro ao Estado de Direito formal e material. Significa dizer que o princípio do Estado Social de Direito deve ser compreendido em consonância com o princípio constitucional da igualdade e da segurança jurídica, que protegem os direitos adquiridos e as perspectivas de direito. O Estado de Direito formal tem como requisito a proteção da confiança nos atos estatais, ou seja, a aparência de legalidade que esses atos devem ter para atender ao interesse público da confiança nos atos do Poder Público.

²⁹⁴ BVerfGE 32, 129, 142. Na doutrina alemã v. Peter Badura, *Das Prinzip des sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland*, in *Der Staat* 14 (1975), p. 42; Também do mesmo autor: *Eigentumsordnung, Festschrift zum 25. Jährigen Bestehen des Bundessozialgerichts*, 1979.

²⁹⁵ Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª Ed. Coimbra: Almedina, 1991 (pp. 474-475)

Friedhelm Hase questiona se é possível manter o sistema de seguridade social nos moldes de uma ideologia liberal, que tem no direito de propriedade o seu maior bem. O futuro do Estado Social de Direito está, dessa forma, comprometido internamente. Ao se preservar a concepção de proprietário de uma aposentadoria, posição do Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfG)²⁹⁶, estar-se-ia criando privilégios ou privilegiados e não se estaria dando a devida atenção aos escassos recursos a partilhar²⁹⁷.

O privilégio tem uma conotação negativa. Os direitos de grupos de interesse especial tendem a receber tratamento preferencial pelos órgãos públicos. O privilégio é o tratamento diferenciado, sendo concedido por uma ampla proteção constitucional e legal, sem a contrapartida da responsabilidade social. Tecnicamente, os privilégios podem ser chamados de “direito subjetivo”, por ser reconhecido a grupos privilegiados uma área de não-interferência, mas o fato de terem se tornado uma esfera de poder incontável e ilimitada, faz com que fujam da estrutura clássica da teoria dos direitos que pede um direito oposto ao dever de outrem²⁹⁸.

Tentando evitar os privilégios de um direito subjetivo sem responsabilidade social, a dogmática criou os direitos fundamentais em sentido objetivo. Por isso, o objetivo da discriminação positiva para a proteção de minorias não é a igualdade entre os indivíduos, mas apenas a *igualdade no exercício de direitos*. Habermas afirma que justiça não significa, como se pensava sob o paradigma jurídico liberal, simplesmente uma distribuição igual de direitos, mas sim um exercício²⁹⁹. Não se pode querer mudar a essência da diversidade: a identidade feminina, por exemplo, não é o que se pretende mudar pela instituição do sistema de quotas e sim o tratamento desigual em relação ao dispensado aos homens no mercado de trabalho.

²⁹⁶ BVerfGE 53, 257 ff.; 58, 81 ff.; 64, 87 ff.; 69, 272 ff.; 71, 1 ff.; 72, 9 ff.

²⁹⁷ Friedhelm Hase. Eigentum als Teilhaberecht – Überlegungen zur Absicherung sozialrechtlicher Ansprüche durch Verfassungsrecht, in Heiko Faber und Ekkert Stein (Hrsg.). Auf einem Dritten Weg: Festschrift für Helmut Ridder zum 70. Geburtstag am 18. Juli 1989, pp. 259-268 (263).

²⁹⁸ Norbert Reich. Intervenção do Estado na economia (Reflexões sobre a pós-modernidade na teoria jurídica), in RDP, 94, 1990, pp. 265-282 (p. 279).

²⁹⁹ Jürgen Habermas. Direito e Democracia (entre facticidade e validade), ob. cit., vol. II, p. 159.

II - Determinações de objetivos do Estado (*Staatszielbestimmungen*)

A objetividade das normas de direito fundamental deve-se ao Estado Social, que ao tentar desconsiderar as particularidades do indivíduo procura dar uma eficácia mensurável ou quantificável ao direito²⁹⁹. Ao compreender os direitos fundamentais isolados do princípio do Estado Social de Direito o pensamento liberal retirava deles a possibilidade de realização fática³⁰⁰.

A união interpretativa dos direitos fundamentais e princípio do Estado Social abre espaço para uma discussão sobre a invasão do espaço político, reservado pela teoria

²⁹⁹ Márcio Nunes Aranha. *As dimensões objetivas dos direitos e sua posição de relevo na interpretação constitucional como conquista contemporânea da democracia substancial*, in Revista de Informação Legislativa, n. 138 abr/jun. 1998, pp. 138 ss. (p. 218).

³⁰⁰ Peter Häberle. *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz (Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis des Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*. 3. Aufl., Heidelberg, Müller Juristischer Verlag, 1983, p. 122.

clássica da separação de poderes e pelo princípio da maioria ao legislador. O espaço político para a maioria é importante, porque é o espaço reservado para o exercício da democracia, porém, não sem restrição. Tratando-se de questões em que estão em causa a legitimidade de políticas, a concretização deverá ser procedida primeiramente pelo legislador, que corporifica o poder da maioria. Os direitos fundamentais representam o limite da ação política do Estado. A função social dos direitos fundamentais impede uma relativização dos direitos fundamentais pelo legislador, que não pode eliminar a função de proteção dos direitos fundamentais, ou seja, ele não pode tocar no total alcançado pela Constituição³⁰¹. Na Lei Fundamental alemã, a proteção do núcleo essencial ou conteúdo fundamental dos direitos fundamentais é expressa no artigo 19, parágrafo 2º: “Um direito fundamental em caso algum pode ser violado na sua essência”, significando que “a totalidade do sistema de valores da Constituição”³⁰² em cada momento de conflito deve ser preservado. O limite absoluto para a restrição de direitos fundamentais liberais é dado pela garantia de respeito ao conteúdo essencial de cada preceito constitucional. O conteúdo fundamental de cada bem (*Güter*) protegido pela Constituição não está disposto isoladamente no texto constitucional, ao contrário, cada um deles é determinado pelo outro. Nesse sentido é que se deve entender a afirmação de Winfried Brohm de que não se pode esperar muito do vínculo dos direitos fundamentais em sentido objetivo, pois mesmo quando os direitos fundamentais expressam uma concreta vinculação para o legislador, esta ainda estará dependente do significado de determinados bens jurídicos (*Rechtsgutes*) e de cada situação fática³⁰³. O conteúdo fundamental do sistema de valores deve ser preservado após cada ponderação casuística, pois os direitos fundamentais são apenas passíveis de restrição legal no que tange ao seu exercício.

³⁰¹ Peter Häberle. Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, ob. cit., pp. 49-50.

³⁰² Peter Häberle. Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz (Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis des Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt). 3. Aufl., Heidelberg: Müller Juristischer Verlag, 1983, p. 61.

³⁰³ Cfr. Soziale Grundrechte und Staatszielbestimmungen in der Verfassung (Zu den gegenwärtig diskutierten Änderungen des Grundgesetzes), in JZ 1994 (5) 213 ss., p. 218.

Os direitos fundamentais limitam a atuação do legislador, o que significa uma segurança para as minorias frente à maioria parlamentar. Eles criam um quadro normativo que, ora limita o espaço político de criação do direito pelo Legislador, ora impõe positivamente tarefas a serem cumpridas por ele. Dieter Grimm afirma que “a política programa a aplicação do direito através da promulgação de leis gerais”, o que significa que ela influencia a interpretação e aplicação das normas pelos tribunais³⁰⁴. Por isso, o Legislador e o Tribunal Constitucional alemão (BVerfG) têm uma relação de concorrência na concretização dos direitos fundamentais. O que diferencia a atuação de ambos é que a atuação do Juiz do Tribunal apenas pode ocorrer depois da atuação do legislador.

No modelo kelseniano de justiça constitucional, o controle de constitucionalidade de lei decorre de competências. Competência para criar normas possui apenas o Parlamento e em limitado âmbito por causa do poder parlamentar concedido ao Governo. A jurisdição não tem nenhuma competência para fazer leis, apenas deve decidir conforme critérios previamente estipulados.

Tal sistema de controle da constitucionalidade configura uma função constitucional de natureza judicial e também política, ou seja, de legislação negativa, pois o Tribunal Constitucional não soluciona um conflito real, um caso concreto, o que fica ao encargo do Tribunal *a quo* que suscitou o incidente de inconstitucionalidade. O Tribunal Constitucional avalia apenas a validade da Lei, não se revelando, dessa forma, um competidor com o Parlamento, mas seu complemento lógico³⁰⁵.

A noção de validade hoje é a de uma validade axiológica, repercutindo na flexibilidade de avaliação do âmbito de atuação da Justiça Constitucional, que vai variar conforme a “densidade normativa”. O controle jurisdicional aumenta conforme os direitos fundamentais envolvidos no conflito, ou seja, conforme a densidade normativa do

³⁰⁴ Dieter Grimm. *Politik und Recht*, ob. cit., p. 97.

³⁰⁵ Cfr. Eduardo Garcia de Enterría: *La Constitución como Norma y el Tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1991, pp. 57 e 58.

direito³⁰⁶. Quanto maior a densidade normativa tem um direito, maior a sua proteção, maior a sua vinculatoriedade jurídica.

A norma de direito fundamental que garante proteção deve preencher três condições para que se tenha um direito fundamental subjetivo:

“tem de haver previamente um direito fundamental em sentido objetivo; que este tenha como objetivo beneficiar o portador do direito fundamental; e que ao beneficiado seja dada condições de reivindicá-los”³⁰⁷.

Tais elementos constitutivos da norma são relevantes, porque vão demarcar toda a construção teórica de um “direito fundamental social”: a norma que garante um direito à prestação, no entanto, não preenche as três condições, pois lhe falta o beneficiado e, algumas vezes, também o nexos entre o direito objetivo e o objetivo de beneficiar o portador do direito fundamental.

O Tribunal Constitucional alemão decidiu³⁰⁸ que um cidadão poderia entrar excepcionalmente com uma reclamação constitucional apenas quando fosse determinado o beneficiado, o conteúdo e o alcance do dever de legislar, ou seja, quando pudesse responder as interrogativas: “quem”, “qual” e “quanto”. No entanto, pondera o Tribunal Constitucional alemão que, mesmo nesse caso de exceção, é difícil em abstrato avaliar juridicamente a multiplicidade de fatos econômicos, políticos e orçamentários. O “direito fundamental social” só vai estar completo com a atuação do legislador, portanto, com a presença de uma norma infraconstitucional que lhe garanta concretização suficiente para ser direito subjetivo³⁰⁹. Ocorre que a proteção do direito é garantida pelo Estado de Direito e a prestação pelo Estado Social.

³⁰⁶ Walter Schmidt. Grundrechtstheorie im Wandel der Verfassungsgeschichte. Jura (1983) 169 ss, p. 175

³⁰⁷ Klaus Stern. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Bd. III/1, 1988, p. 543.

³⁰⁸ BVerfGE 56, 54, 70 ss.

³⁰⁹ Erns-Wolfgang Böckenförde. Staat, Verfassung, Demokratie. Frankfurt am Main, 1991, p. 151.

Logo, o Estado Social deve realizar as tarefas sociais, tais como planejar, intervir, prestar, distribuir, através do legislador e da Administração pública e sob o procedimento e formas do Estado de Direito. Em outras palavras, a autoridade pública deve legitimar os seus atos e intervenções ao conteúdo de direitos fundamental nos limites valorativos da Constituição, como por exemplo na reserva de lei não escrita do Estado de Direito³¹⁰. Imperativos não escritos do Estado de Direito são a clareza, a precisão das normas, o princípio da proporcionalidade etc.

As tarefas conformativas do direito desempenhadas pelo Estado já não são tarefas que fiquem fora do espectro de atuação do direito. A concretização do direito realizada através da matéria e dos princípios da ordem jurídica atende a níveis de concretização entre o legislador, o aplicador da lei e o juiz constitucional. Esse processo utiliza o princípio da proporcionalidade para lhe dar validade³¹¹. Esse princípio imprime dinamicidade aos limites conformativos da Constituição.

Ao Tribunal Constitucional incumbe a fiscalização dos limites constitucionais. O âmbito da justiça constitucional abrange além de atos normativos, também atos políticos ou de governo. O alargamento do âmbito constitucional repercute, porém, negativamente no âmbito da liberdade de conformação do legislador. Não há como se negar que a conformação jurídica concreta fornecida pelo Estado da Constituição influi na realidade dos fatos, na política. Prova disso, é a limitação da capacidade prestacional da Constituição implicar uma necessária limitação da atuação do legislador. A aplicação dos direitos fundamentais aos casos concretos é uma forma de alargamento do âmbito da vinculatoriedade da Constituição, o que resulta no encolhimento do espaço que possuem os órgão de direção política, que têm de ater-se também ao direito constitucional, não apenas aos direitos fundamentais. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais

³¹⁰ Hans D. Jarass. Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik, *in* AÖR 120 (1) 1995, 345 ss., p. 373.

³¹¹ Ernst-Wolfgang Böckenförde. Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1990, p. 60.

abrange não apenas os direitos fundamentais, mas também os fins normativos, constituindo-se na forma que a dogmática dos direitos fundamentais encontrou para assimilar novos conteúdos para os direitos fundamentais. As determinações de objetivos do Estado correspondem a um estágio mais avançado de concretização dos direitos fundamentais, sendo a atuação do Tribunal Constitucional importante para confirmá-las como “direitos fundamentais sociais”. Nessa concretização, ficam evidentes os limites da legitimidade, que não se identifica necessariamente com a legalidade (A) e os contornos de uma densidade normativa suficiente para separar o direito da política (B).

A – Os limites constitucionais

Na concepção da democracia liberal, a idéia de Constituição foi defendida como lei superior às demais por ser “uma corporificação da regra da maioria” e ao mesmo tempo como mecanismo institucional de contenção da maioria³¹². No conceito de democracia está insito não só os procedimentos formais, que encontram na maioria democrática a sua externalização máxima, mas também a democracia traz consigo um respeito por direitos fundamentais e por um regime político democrático. O respeito por um regime político democrático transparece no fato de que mesmo o poder constituinte derivado não tem autoridade para liberar as barreiras de alteração constitucional.

“A política receberia [neste caso] a primazia sobre o Direito Constitucional e aquilo que torna a Constituição indispensável para a vida da coletividade: seu efeito racionalizador, estabilizador e assegurador da liberdade estaria abolido”³¹³.

Na transição do período medieval para a Idade Moderna, afirma Charles Howard McIlwain, que toda a infração ao direito era vista como uma sanção e “somente a

³¹² Joseph M. Bessette. *Democracia Deliberativa: O Princípio da Maioria no Governo Republicano*, in *A Constituição Norte-americana*. Robert A. Goldwin e William A. Schambra editores. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 288.

³¹³ Konrad Hesse. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, ob. cit., p. 510.

revolução poderia trazer a sanção necessária para assegurar as liberdades jurídicas do Povo”. Hoje, o sistema jurídico contém normas constitucionais que permitem alterações no direito, sem uma revolução de fato. A maioria parlamentar não está proibida de criar reformas, que ela como sociais entender, desde que não ultrapasse o permitido pela Constituição.

Pretende-se tornar o mais dinâmico possível as mudanças e com isso uma aproximação entre direito e realidade. A rigidez e a mobilidade da Constituição são necessárias para que ela cumpra a sua tarefa política e jurídica, pois a abertura e a amplitude, gerada pelo alargamento dos interesses constitucionalmente protegidos, possibilitam adaptação às transformações históricas; e, por outro lado, as garantias constitucionais (ou determinações fixas) são necessárias para a proteção do pluralismo político e social, cumprindo um papel estabilizador político e jurídico da supremacia da Constituição. O pluralismo prega a tolerância, mas ela deve, quanto a questões sociais, éticas e políticas, ser limitada³¹⁴. As garantias constitucionais tratam dessas questões. Luigi Ferrajoli diz que o Estado Social de Direito pode decidir sobre toda e qualquer questão, exceto questões de sobrevivência e de subsistência, pela regra da maioria, ou seja, a regra da democracia política³¹⁵. Aí residiria a distinção entre o Estado de Direito e a democracia, pois, mesmo que contra a maioria, o Estado de Direito tem de decidir a respeito desses temas.

A supremacia da Constituição frente às leis ordinárias vincula o legislador à ordem constitucional, que impede rompimentos constitucionais e agressão ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Tal conteúdo essencial compreende questões sociais, éticas e políticas. Por isso, os direitos fundamentais ocupam o mais alto lugar na hierarquia de valores da ordem jurídica, que servem de norte orientador para todos os aplicadores do direito.

³¹⁴ Cfr. Marcelo Dascal. Tolerância e interpretação, *in* Conhecimento, Linguagem, Ideologia. Org. Marcelo Dascal. São Paulo: Perspectiva, 1989, p. 224.

³¹⁵ Luigi Ferrajoli. Derecho y Razón (Teoría del garantismo penal). Madrid, Trotta, 1998, pág. 864.

A Constituição preenche uma função social básica, que é a de ser instrumento de integração de diferentes concepções do mundo, seguidas e sustentadas por grupos representativos da sociedade³¹⁶. A Constituição não se restringe a ser mera forma, ao contrário, ela possui um sentido objetivo, que obriga e possibilita o pluralismo, onde ela, através dos direitos fundamentais, forma o mínimo de uma base consensual.

A legitimidade da Constituição só ocorre quando os seus conteúdos tiverem a concordância com os “princípios superiores de direito como o último fundamento da legitimidade”³¹⁷. O problema da conformidade constitucional das leis não é apenas um problema de legalidade constitucional, mas antes *de legitimidade, de adequação aos princípios superiores do direito*. Esses princípios formam o Direito Constitucional não-escrito, que preenche lacunas da Constituição. O Direito Constitucional não-escrito cumpre uma função complementar, que, por ser complementar à Constituição, não pode jamais transformar-se em direito independente da Constituição escrita. Como complemento ele deve aperfeiçoar os princípios da Constituição escrita. A legalidade não sobrevive sem a legitimidade, a legitimidade existe sem ser necessariamente legal³¹⁸. Daí a afirmação de Konrad Hesse:

“A Constituição fundamenta necessariamente a legalidade, mas não necessariamente a legitimidade”³¹⁹.

Reconhecer uma legitimidade que não coincide necessariamente com a legalidade, implica em reconhecer que a Constituição escrita não é a última fonte do direito. O direito é mais que mera forma criada pelo Estado, conforme Ernst Forsthoff atesta na sua exposição da relação hierárquica das fontes normativas do Direito Administrativo:

³¹⁶ Ernst Benda. Der soziale Rechtsstaat. Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Ernst Benda (Hrsg.) Konrad Hesse (Mitw.) 2. Aufl. (1994) 719 ss., p. 765.

³¹⁷ Konrad Hesse. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, ob. cit., p. 45.

³¹⁸ Carl Schmitt. Legalidade y Legitimidad. Madrid: Aguillar, 1971, XIV.

³¹⁹ Konrad Hesse. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, ob. cit., p. 45.

“À cabeça se encontra a lei, a qual se escala, a sua vez, em lei constitucional e lei ordinária, já que a Constituição se diferencia das demais leis por um procedimento jurídico especial para sua formulação. Sob a lei, e dependente dela pela reserva legal, encontram-se uma série de normas jurídicas de caráter executivo, que revestem uma importância especial para o Direito Administrativo: o regulamento jurídico, o regulamento administrativo e as ordens autônomas.

Todas essas formas mencionadas são manifestações do Direito escrito, estabelecido por uma autoridade. Junto a elas existem as do Direito não escrito, com as quais se relaciona também o Direito Administrativo: o Direito consuetudinário, e sua forma subordinada, a observância”³²⁰.

Na Alemanha, a própria Lei Fundamental contém o Art. 20, parágrafo 3º, que faz menção a uma separação entre Lei e Direito (*Gesetz und Recht*). Sobre esse artigo o Tribunal Constitucional alemão já se pronunciou:

“O direito não é idêntico à totalidade das leis escritas. Diante de preceitos positivos existem sob certas circunstâncias um *plus* em direito. Trata-se de um sentido de totalidade, que tem sua fonte na ordem jurídica constitucional e que permite corrigir as leis escritas. A jurisprudência tem a tarefa de achá-lo e realizá-lo nas decisões”³²¹.

O que está além da forma é dado em primeira linha pelo conteúdo limite dos direitos fundamentais. Estes direitos têm a característica de se impor a uma maioria eleita democraticamente. Na Constituição brasileira, a garantia de colocar a salvo da maioria parlamentar os direitos fundamentais decorre da proibição de extinção, ou atos tendentes

³²⁰ Ernst Forsthoff. Tratado de Derecho Administrativo. Madrid: Institutos de Estudios Políticos, 1958, p. 184.

³²¹ BVerfGE 34, 269, (286 s.).

a isso, dos direitos fundamentais individuais do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV. A Constituição só pode ser a ordem jurídica da coletividade, se ela estabelecer limites materiais e procedimentais absolutos perante a maioria³²².

A partir do momento que restringimos a legitimidade de uma Constituição à sua positividade, estaremos igualando o poder com o direito. No positivismo, a posição predominante reconhece ao direito (positivo) uma autonomia em relação à política e à moral³²³. Ao positivismo jurídico, que tem na Lei a sua fonte quase que exclusiva, interessa a validade das normas, ou seja, interessa que todas elas tenham passado por um procedimento de elaboração pré-estabelecido pelo ordenamento, não se questionando da sua real aplicação na sociedade. Para o positivismo, o direito é um fato, despido de valoração. Já o realismo jurídico, que pode ser compreendido como uma ramificação do sistema positivo, parte da premissa que o direito é uma realidade social, logo não interessa apenas a validade formal³²⁴.

A ressalva do mínimo moral a ser respeitado é feita, até mesmo, pelo utilitarista Herbert L. A. Hart³²⁵, tendo em vista o ocorrido na época do nazismo. Hart é uma autor que se filia ao positivismo utilitarista. Neste movimento, está subentendido o direito como bem da maioria, que excluiria a minoria. Para o utilitarismo, é ético a máxima do sacrifício eventual da felicidade de um ou de alguns em razão da maior felicidade da maioria. Os direitos humanos seriam apenas valores, que apenas poderiam prevalecer em todo ou em parte, caso outro valor comunitário permanente não estivesse em jogo no momento.

O Direito, que modela uma comunidade, contém valores que se ajustam à vida dos cidadãos para a realização de determinados fins. Esses são estimados pela própria comunidade e se renovam sempre, constantemente, aspirando ao justo, ou seja, aos

³²² Konrad Hesse. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, ob. cit., p. 511.

³²³ Eros Roberto Grau. O direito posto e o direito pressuposto. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 67.

³²⁴ Norberto Bobbio. O Positivismo Jurídico. (Lições de Filosofia do Direito). São Paulo: Ícone, 1995, p. 137.

³²⁵ O Conceito de Direito. Tradução do original inglês intitulado "The Concept of Law" (1961) por A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1972, p. 245.

princípios morais. Há que se ter cautela em não confundir o justo com o útil, pois esses valores nem sempre se harmonizam, pelo contrário, pode ocorrer injustiças ainda maiores. Haja visto o princípio do Nacional-Socialismo: “o Direito é o que é útil para o povo”³²⁶.

A maioria não basta para criar o Direito, que necessita ser legitimado obrigatoriamente pelo respeito aos direitos morais e políticos do indivíduo de expressar a sua opinião³²⁷. A liberdade de expressão é considerada pela teoria política liberal um direito natural. Os direitos políticos de liberdade, como de liberdade de expressão, transmissão e demonstração em atos públicos, são fundamentais para o funcionamento da democracia. Eles encontram justificativa num direito ideal, racional. Stuart Mill³²⁸, ao argumentar em favor da liberdade de expressão das minorias, parte da premissa de que o conhecimento humano é falível. Logo, o estranho deve ser tolerado por conter potencialmente alguma verdade, o que pode ser útil ao interesse da maioria. Utiliza um critério utilitarista para a defesa da minoria.

Ronald Dworkin, sucessor de Hart na cátedra de Oxford, tem uma posição de destaque na transcendentalidade ou universalidade do direito, fundamentando sua filosofia em Rawls e nos princípios do liberalismo individualista. Dworkin faz críticas às teorias universalizantes orientadas para fins, tais como o Utilitarismo de Jeremy Bentham, que justifica sua posição diante do direito, dizendo que este deve atender somente ao bem-estar geral.

Os “direitos fundamentais sociais” são reconhecidamente fins normativos relacionados ao Estado Social de Direito. Devido a essa discussão filosófico-jurídica, a dogmática tem dificuldade reconhecer aos “direitos fundamentais sociais” um conteúdo jurídico que possa ter autonomia diante da política.

³²⁶ Karl Engisch. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 50.

³²⁷ Ronald Dworkin. *Bürgerrechte ernstgenommen*, ob. cit., p. 335.

³²⁸ Grifado no original. Marcelo Dascal. *Tolerância e interpretação*, in *Conhecimento, Linguagem, Ideologia*. Org. Marcelo Dascal. São Paulo: Perspectiva, 1989, p. 221.

B – A densidade normativa constitucional

Um valor extraconstitucional não tem densidade constitucional suficiente para justificar a introdução de limites imanentes, porque não foi positivado. Diferentemente da Constituição brasileira, a Lei Fundamental alemã não contém em seu texto “direitos (fundamentais) sociais” ou *soziale Grundrechte* especificamente falando. Os “direitos fundamentais sociais” fazem parte das Constituições dos estados federados alemães (*Länder*), que positivaram, na opinião de Otto Bachof, “direito supralegal”, dando um “caráter fluido [à] fronteira entre a inconstitucionalidade e a contradição com o direito natural daí decorrente”³²⁹. O que não é possível classificar como constitucional é direito natural.

Chama a atenção Otto Bachof, que nem todos os postulados da razão, da natureza, da religião ou da lei moral são direito vigente. Reside aí o problema da conceituação de direito natural. O direito natural possui variantes históricas e teóricas: o direito natural do pensamento clássico; lei natural, do pensamento medieval, em que o seu autor é Deus, e os direitos naturais do pensamento moderno. Para alguns autores, o direito natural representa um valor metafísico, ideal, imutável, divino, para outros não. Michel Villey³³⁰, representante do direito natural moderno, é um defensor de um direito natural que não se identifica necessariamente com a justiça ideal, mas que é resultado da discussão conjunta, do método dialético. O direito positivo não significaria necessariamente injustiça, assim como o direito natural não significa justiça ideal. A sua preocupação é com o cognoscível no direito natural.

Otto Bachof leciona que o direito natural não se confunde com a moral, que imprime obrigatoriedade ao direito, nem com o elemento político do direito, que funciona como princípio regulativo para o legislador. O direito natural tem a “pretensão de vigência

³²⁹ Otto Bachof, *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 17.

³³⁰ Cfr. *Le Droit et les Droits de l'Homme*. Paris: PUF, 1983, pp. 69-79.

imediate face aos destinatários das normas”³³¹. Do ponto de vista sociológico, Max Weber chama o direito natural de “direito do direito” e o conceitua como sendo

“o conjunto de normas que valem não em virtude de provirem de um legislador legítimo, senão em virtude de qualidades puramente imanentes”³³².

A dimensão extraconstitucional dos direitos fundamentais, que é dada no direito constitucional alemão pelos “direitos fundamentais sociais”, não quer dizer um direito natural, que concebe uma natureza humana única e imutável (1). Esses possuem um forte caráter moral (2).

1) Direitos humanos e direitos fundamentais

A teoria jurídica faz uma distinção entre direitos humanos com conteúdo moralmente justificado e que tem portanto um reconhecimento universal e os direitos fundamentais, que tem uma validade limitada ao território de um Estado. É condição de validade da ordem constitucional e jurídica o fundamento

“da existência do Estado, baseado nos valores historicamente válidos e que transcendem ao próprio Estado e a seu ordenamento jurídico, [que] é precisamente o sentido legitimador que encontramos nos Direitos Humanos, sentido que por uma compreensão da mentalidade liberal, esta passou por cima, propiciando com isso sua função secundária, consistente na capacidade de pôr limites ao estatal”³³³.

³³¹ Otto Bachof, Normas constitucionais inconstitucionais? Título original em alemão: “Verfassungswidrige Verfassungsnormen?”, 1951. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, pág. 14.

³³² Max Weber. Economía y Sociedad. Vol.III (Tipos de comunidade y sociedad). Primeira edición en alemán, 1922. Primeira edición en español, 1944. México: Fondo de Cultura Económica, p. 131.

³³³ Rudolf Smend. Constitución y Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 167.

O fundamento dos direitos humanos reside num direito natural. De acordo com a Declaração de Direitos de 10 de dezembro de 1948 os direitos humanos não estão limitados ao tempo e nem ao lugar. Os direitos humanos formam a unidade fundamental de concepção dos direitos fundamentais, caracterizada pela indivisibilidade e interdependência de todos os direitos humanos. Eles possuem um *status* jurídico independente de sua positivação. A doutrina não é, porém, unânime. Para alguns autores, os direitos humanos não são apenas conteúdo ético. Para Klaus Stern³³⁴, os direitos humanos são concebidos como direitos naturais, eternos. Os direitos humanos são princípios morais, destituídos de positividade³³⁵. Gregorio Robles afirma que

“os direitos fundamentais são direitos humanos positivados, isto é, concretos e protegidos especialmente por normas de maior categoria”³³⁶.

O entendimento de Gregorio Robles quanto ao significado de “positivo”, conforme se vê a seguir, demonstra a importância dos valores para a ordem jurídica:

“A positivação tem a transcendência de modificar o caráter dos direitos humanos prepositivos, posto que permite a transmutação de critérios morais em autênticos direitos subjetivos dotados de maior proteção que o direitos subjetivos ‘não fundamentais’”³³⁷.

Em suma, a positivação dos direitos humanos significa o seu reconhecimento como direitos constitucionais subjetivos, no mais alto grau de hierarquia da ordem jurídica,

³³⁴ *in* Sinn und Form der Grundrechte. Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland 1992 V 3ss., p. 34.

³³⁵ Gregorio Robles explica a diferença entre direitos e direitos humanos ou naturais: “...quando falamos de direitos humanos ou naturais estamos falando não de direitos propriamente, senão de princípios morais” (Cfr. Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual. Madrid: Civitas, 1995, p. 128).

³³⁶ Gregorio Robles, *ob. cit.*, p. 20.

³³⁷ Gregorio Robles, *ob. cit.*, p. 20.

sendo dirigidos contra o Estado e também através do Estado. Os direitos humanos possuem uma qualidade de direito objetivo, do qual se pode extrair direitos subjetivos. É justamente do caráter jurídico subjetivo das normas de direito fundamental que são extraídos os direitos da minoria, na medida que dão oportunidade a esta de defender sua liberdade frente ao Executivo, ao Judiciário e às leis promulgadas pela maioria³³⁸.

Os direitos humanos, de cunho moral e metafísico, de sentido universalista, típico do liberalismo, e os direitos fundamentais positivados, correspondem respectivamente aos direitos fundamentais em sentido amplo e direitos fundamentais em sentido estrito, repercutindo tal divisão no reconhecimento de proteção jurídica por parte do Estado de Direito aos direitos fundamentais com sentido universais. Por isso, explica Habermas

“O sentido humano e jurídico amplo desses direitos fundamentais fez com que, na República Federal da Alemanha, por exemplo, a situação jurídica de estrangeiros, refugiados e apátridas não se diferenciasse muito daquela em que se encontram os cidadãos em sentido pleno; de acordo com o teor da lei, eles gozam da mesma proteção do direito, têm deveres semelhantes e direitos a prestações”³³⁹.

Há um nexo interno entre os direitos humanos e o Povo, que teria a oportunidade de institucionalizá-los, como resultantes da racionalização da opinião e da vontade democrática, o que repercute nas diferenças de tratamento jurídico dispensado aos estrangeiros na Alemanha, como bem constata Habermas.

“Com isso não pretendo ocultar as restrições que ainda existem, principalmente as deficiências do direito alemão no que respeita ao

³³⁸ Hans Rupp. Vom Wandel der Grundrechte, in AÖR 101 (1976) 161 ss. (p. 167)

³³⁹ Jürgen Habermas. Direito e Democracia (entre facticidade e validade). Tradução de Flávio Beno Siebeneicher do texto original “Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des

cidadão, as quais vêm sendo discutidas, já há algum tempo, sob os motes: ‘Segunda cidadania’, ‘direito dos estrangeiros nas eleições comunais’³⁴⁰.

Partindo-se da premissa que a legitimidade do direito escrito está condicionada à manutenção de uma permanente “unidade viva de vontade”, ou seja, de uma integração nacional³⁴¹, o risco de uma ruptura para o Estado de Direito e para a democracia deve ser considerado, quando grande número da população não mais se identifica com o conceito legal de povo.

A democracia tem seu limite na legitimação do Direito, quando direitos políticos são negados a estrangeiros. Luigi Ferrajoli, ao expor um problema tipicamente europeu, defende a moralidade do vínculo das minorias como integrantes do conceito de Povo de um determinado território, reconhecendo e criticando o fato econômico como impedimento real para o “privilégio” de se ter um tratamento jurídico igualitário.

“...levar a sério os direitos fundamentais quer dizer hoje ter a coragem de dissociá-los da cidadania: tomar consciência de que a cidadania dos nossos países ricos representa o último privilégio de, o último resíduo pré-moderno das diferenciações pessoais, o último fator de exclusão e discriminação e não – como o foi na origem dos estados-membros – de inclusão e parificação, a última contradição não resolvida com a proclamação da universalidade dos direitos fundamentais. É claro que a efetiva universalização de tais direitos, a começar pela liberdade de residência e de circulação, criaria problemas enormes para os nossos países, hoje assediados pela pressão da imigração de todo o resto do mundo. Mas gostaria de

demokratische Rechtsstaat”, 4^a ed. 1994. Rio de Janeiro, Biblioteca Tempo Universitário, 1994, vol. II, pp. 316 e 317.

³⁴⁰ Jürgen Habermas. Direito e Democracia (entre facticidade e validade), ob. cit., p. 317.

recordar que aqui em Espanha, depois do descobrimento da América, Francisco de Vitória, nas suas *Relectiones de Indis recenter inventis* expostas na Universidade de Salamanca em 1539, formulou a primeira doutrina orgânica dos direitos naturais, proclamando como direitos universais de todos os homens e de todos os povos o *jus communicationis*, o *jus migrandi*, o *jus peregrinandi in illas provincia et illic degendi*, bem como de *accipere domicilium in aliqua civitate illorum*. Nessa época, quando eram concretamente desiguais e assimétricos, a afirmação daqueles direitos ofereceu ao Ocidente a legitimação jurídica da ocupação do Novo Mundo e depois, durante cinco séculos, de colonização e da exploração do planeta inteiro. Hoje, que a situação inverteu-se – que são os povos do terceiro mundo a serem empurrados pela fome para os nossos países opulentos – só com os preço da perda de credibilidade de todos os valores jurídicos e políticos em que se baseiam as nossas democracias é que esses direitos podem ser renegados e transformados em direitos de cidadania”³⁴².

Em nível de relações internacionais, tais atitudes políticas de privilégios evidenciam uma contradição no sistema jurídico e social com a lógica de um mercado globalizado e de uma ideologia (neo)liberal, que já vem sendo institucionalizada pelas regras da Organização Mundial do Comércio. Os direitos sociais devem conter a auto-responsabilidade do indivíduo, sob pena de se colocar a ordem social em perigo. Daí a dificuldade da subjetivação dos “direitos fundamentais sociais”. Devido ao Estado de Direito proteger direitos individuais, os direitos fundamentais têm o seu lado de defesa muito desenvolvido, quando se fala de seu caráter subjetivo, o qual deve ter prioridade sobre o seu caráter objetivo³⁴³. Não se pode, porém, perder de vista que a repartição de

³⁴¹ Franz Wieacker. *História do Direito Privado Moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 647-648.

³⁴² *In O novo em Direito e Política*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, páginas 89-109 (106).

³⁴³ Klaus Stern. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Bd. III/1, 1988, p. 559.

bens sociais, valores e direitos implica em realidade a repartição da substância de direito fundamental, representando cargas públicas para os outros integrantes de uma comunidade nacional e internacional³⁴⁴. Internamente, as implicações de um sistema de exclusão para a legitimidade de um Estado Democrático é a “pobreza política”³⁴⁵.

a) O pluralismo

A promoção da integração, ou seja, a ligação do cidadão com o Estado, advém da participação do povo na seleção dos valores que são instituídos através da norma.

No conceito de Povo devem estar abrangidos

“a totalidade dos indivíduos realmente residentes no território do Estado: como uma “multiplicidade em si diferenciada, mista, constituída em grupos, mas organizada de forma igualitária e não discriminatória”³⁴⁶.

O objetivo de Friedrich Müller é alcançar o maior contingente possível de pessoas que vivem em um território (população), sob a designação de “povo”.

“Quanto mais o ‘povo’ for idêntico com a população no direito efetivamente realizado de uma sociedade constituída, tanto mais valor de realidade e conseqüentemente legitimidade terá o sistema democrático existente como forma”³⁴⁷.

³⁴⁴ Herbert Bethge. Aktuelle Probleme der Grundrechtsdogmatik. Der Staat 24 (1985) 351 ss., p. 379.

³⁴⁵ Friedrich Müller. Quem é o povo? ob. cit., p. 93.

³⁴⁶ Friedrich Müller. Quem é o povo? A questão fundamental da democracia. São Paulo, Max Limonad, 1997, p. 109.

³⁴⁷ Friedrich Müller. Quem é o povo?, ob. cit. p. 111.

Friedrich Müller postula que todos os atingidos pelas normas devem ser considerados Povo. O que não pode ser, necessita, então, de especial justificativa em um Estado que se pretende democrático.

Nas palavras Friedrich Müller:

“Estrangeiros, que vivem permanentemente aqui, trabalham e pagam impostos e contribuições, pertencem à população. Eles são efetivamente cidadãos, são atingidos como os cidadãos de direito pelas mesmas prescrições ‘democraticamente’ legitimadas. A sua exclusão do povo ativo restringe a amplitude e a coerência da justificação democrática. Especialmente deficitário em termos de fundamentação é o princípio da ascendência (*ius sanguinis*), que representa uma construção da fantasia, não uma conclusão fundamentável pela *empiria* (‘sangue’). A idéia fundamental da democracia é a seguinte: determinação normativa do tipo de convívio de um povo pelo mesmo povo. Já que não se pode ter o autogoverno, na prática quase inexecutável, pretende-se ter ao menos a autocodificação das prescrições vigentes com base na livre competição entre opiniões e interesses, com alternativas manuseáveis e possibilidades eficazes de sancionamento político. (...). Não há nenhuma razão democrática para despedir-se simultaneamente de um possível conceito mais abrangente de povo: do da totalidade dos atingidos pelas normas: *one man one vote*. Tudo o que se afasta disso necessita de especial fundamentação em um Estado que se justifica como ‘demo’cracia”³⁴⁸.

A idéia de que o poder do Estado vêm do Povo se torna algo distante, quando o princípio da representação se transforma numa representação absolutista, na medida em que é usado para encobrir as manobras da política do direito e o real conteúdo da democracia.

³⁴⁸ Friedrich Müller. Quem é o Povo?, ob. cit., pp. 57-58.

Uma compreensão estreita do princípio democrático, que é a que se preocupa apenas com procedimentos formais, há o preenchimento do conteúdo democrático apenas com a promoção de eleições gerais. Os partidos políticos, por exemplo, eram ser utilizados nessa concepção liberal apenas para evitar um sentimento de injustiça. Um processo eleitoral bem conduzido significa, nessa perspectiva, que a opinião pública detém o controle do poder político. A opinião pública exerce uma fiscalização sobre os seus representantes eleitos, a partir do momento em que os que agirão em proveito de uma minoria (ou elite) não seriam mais eleitos. O temor ao fracasso nas urnas faria com que fossem votadas leis justas³⁴⁹.

Na democracia, há uma influência da opinião pública pública sobre a atividade legislativa do Estado, e esta sobre aquela. A opinião pública é qualificada por Schmidt

“como um possível ponto de resistência à práxis governamental e administrativa que, conforme a escala dos resultados e das recomendações das pesquisas de opinião, pode ser diagnosticado e manipulado com meios adequados”³⁵⁰.

As formas de manifestação da opinião pública sobre questões vitais ocorre através de representantes eleitos para cargos públicos, sendo também articulada pela

“discussão pública na imprensa, no rádio, em conferências públicas, da pressão de grupos e, no plano mais complicado, através das associações científicas e profissionais, as universidades e outros órgãos”³⁵¹.

³⁴⁹ Joseph M. Bessette. Democracia Deliberativa: O Princípio da Maioria no Governo Republicano, *in* A Constituição Norte-americana. Robert A. Goldwin e William A. Schambra editores. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 293 e ss.

³⁵⁰ *Apud* Jürgen Habermas. Mudança estrutural da esfera pública. Tradução de Flávio R. Kothe do texto original em alemão “Strukturwandel der Öffentlichkeit”. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 282.

³⁵¹ W. Friedmann. El Derecho en una Sociedad en Transformacion. Mexico-Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1966, p. 27.

Em nome da democracia pode se instalar a ditadura da maioria. A Constituição pode ser utilizada para reprimir a liberdade. A democracia pode se revelar na ditadura da maioria. Balladore descreve realisticamente o problema da maioria:

“Não se pode dizer que as pessoas têm menos necessidade de defesa contra o Estado, após haver este adotado formas democráticas, sendo, pois, dirigido pela própria vontade popular. A vontade popular será, de fato, na melhor hipótese, de uma maioria e esta poderá também governar o Estado segundo os seus interesses particulares, sobretudo acima daqueles gerais, de todos, e poderá buscar somente consolidar o próprio poder, em vez de curar os interesses permanentes e gerais da coletividade, podendo adotar medidas contra os dissidentes e menoscar, também, seus mais elementares direitos. A prática demonstra que as tiranias democráticas, isto é, aquelas exercitadas por uma intransigente maioria no poder são as mais ferozes que a história conhece”³⁵².

Também Ernst Benda alerta quanto ao perigo de uma maioria eleita democraticamente decidir “absolutamente e sem limites; sendo suas decisões válidas sem se importar se o conteúdo é justo”³⁵³. Walters Berns diz que seria em vão a regra da maioria, caso ela não fosse justificada além da já tradicional igualdade entre os homens, ou seja, “a regra da maioria só é legítima se na prática a maioria respeita os direitos da minoria”³⁵⁴. No conflito entre maioria e minorias existe, segundo Claus Offe, “uma questão prévia: se o tema a ser decidido é ou não passível de tratamento segundo a regra majoritária”³⁵⁵,

³⁵² Giorgio Balladore Pallieri. *Diritto Costituzionale*. 3ª ed., Milão: Giuffrè, p. 81.

³⁵³ Ernst Benda. *Der soziale Rechtsstaat*. Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Ernst Benda (Hrsg.) Konrad Hesse (Mitw.) 2. Aufl. (1994) 719 ss., p. 722.

³⁵⁴ Walter Berns. A Constituição “assegura estes Direitos”? *in* A Constituição Norte-americana. Robert A. Goldwin e William A. Schambra editores. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 284 e 285.

³⁵⁵ Claus Offe. Legitimação Política por Decisão Majoritária?, *in* Problemas Estruturais do Estado Capitalista. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 327.

devendo ser assegurado às minorias uma estrutura de fato e de direito, isenta de ingerências das maiorias, garantindo àquelas uma decisão legítima³⁵⁶.

Não só a maioria tem direito a opinar, como também a minoria deve decidir num espaço legal reservado a suas decisões ter condições de implementá-las de forma uniforme para todos. Por isso, o núcleo material da Constituição é formado por

“todos aqueles pressupostos materiais e procedimentais da ordem democrática da Lei Fundamental que, ao lado dos direitos fundamentais, garantem a legitimação do domínio da maioria do povo, a oportunidade igual e a proteção das minorias, o processo político aberto e livre da democracia”³⁵⁷.

O espaço público não é mais restrito ao Estado. Após as duas grandes guerras mundiais ocorre um alargamento do espaço público político, resultando na queda do dogma da homogeneidade da sociedade. A legitimidade de um Estado democrático de Direito advém da participação da minoria, em termos de força política, não necessariamente numérica. Sob o conceito de minorias não está a idéia simplista de número.

O conceito de minorias é o de um grupo de pessoas, que se distingue por traços culturais, como idioma ou religião, frente à maioria da população de um determinado Estado e que se encontra em uma situação de desvantagem econômica por necessidade, como por exemplo, por terem sido captados como força de trabalho³⁵⁸.

Conforme Habermas,

³⁵⁶ Claus Offe. Legitimação Política por Decisão Majoritária?, ob. cit., p. 327.

³⁵⁷ Konrad Hesse. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, ob. cit., p. 514.

³⁵⁸ Christine Langenfeld. Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten: Eine Herausforderung für das deutsche Schulwesen – Einführung in einige grundrechtliche Fragestellungen, in AÖR 123 (1998) 375 ss. (p. 376).

“o núcleo institucional da sociedade civil é hoje formado por grupos, movimentos, associações e organizações não estatais e não econômicas, que conectam as estruturas de comunicação da esfera pública aos diversos componentes sociais do mundo da vida”³⁵⁹.

Questão complexa e limite é a dos estrangeiros, que hoje trabalham, às vezes por mais de uma geração, em território alienígena, que insiste em não lhes tratar igualmente em relação ao cidadão nacional. O estrangeiro não tem reconhecido o direito de se manifestar politicamente em assuntos que lhe dizem diretamente respeito, apesar de representar uma massa trabalhadora que contribui para a economia de um Estado determinado.

“Trata-se aqui da discriminação parcial de parcelas consideráveis da população, vinculada preponderantemente a determinadas áreas; permite-se a essas parcelas da população a presença física no território nacional, embora elas sejam excluídas tendencialmente e difusamente dos sistemas prestacionais econômicos, jurídicos, políticos, médicos e dos sistemas de treinamento e educação, o que significa ‘marginalização’ como subintegração”³⁶⁰.

Gunnar Schuster empreende um estudo comparativo sobre o tratamento “jurídico” dispensado ao estrangeiro nos EUA e na Alemanha e conclui, após a exposição de casos de extradição, em especial o de um chinês, ocorrido em 1893, que não há nos EUA uma proteção ao estrangeiro. O estrangeiro não tem direitos fundamentais garantidos e nem mesmo o direito a lá permanecer, mesmo que com visto de permanência. O Direito de permanência advém de uma manifestação do poder de polícia do Estado, ou seja, quando for conveniente e útil (critério político, portanto), se poderá lá permanecer. Caso não se

³⁵⁹ Jürgen Habermas. *Direito e Democracia (entre facticidade e validade)*, ob. cit., vol. II, p. 99. O núcleo do paradigma procedimentalista do direito está para Habermas na combinação dos direitos humanos universalmente estabelecidos e da soberania do povo institucionalizada juridicamente através da Constituição e a não institucionalizada, que é o caso da opinião pública (ob. cit., p. 186).

represente vantagens econômicas e políticas, o visto de permanência não terá mais validade.

Há, porém, já algum progresso no tratamento de estrangeiros e se discute muito se o problema de estrangeiros num país é apenas uma questão política. O devido processo legal passa a ser reivindicado e assim, em alguns casos, o estrangeiro pode ter o mesmo direito a ser ouvido, que tem um americano, garantindo um direito mínimo de ter um *fair hearing*³⁶¹. Não há, porém, uma proteção constitucional contra uma expulsão do território americano, mesmo que se tenha uma permanência legal³⁶². A extradição tem sido tratada como problema que interessa apenas à administração (*Verwaltungsentscheidung*)³⁶³, não havendo interesse jurídico protegido (liberdade) no sentido de um *due process*. É admitido como legal a discriminação racista, política e étnica, bem como outros fatores para a concessão de visto de entrada³⁶⁴.

Comparando com a Alemanha, os EUA, que são chamados de terra da imigração, não concederiam, segundo Gunnar Schuster, os mesmos direitos que a Lei Fundamental dá ao estrangeiro. O estrangeiro está sob proteção dos direitos fundamentais, que não estejam já previamente destinados exclusivamente aos alemães. Ele está protegido, na Lei Fundamental alemã, pelo princípio (objetivo) do Estado de Direito (principalmente pelo artigo 2º, inciso I, que tem um âmbito de proteção bastante amplo e trata do direito

³⁶⁰ Friedrich Müller. Quem é o povo?, ob. cit., p. 91.

³⁶¹ Gunnar Schuster. Bundeskompetenz, Kontrollrechte und Grundrechtsschutz bei Ausweisungen (Ein Vergleich des amerikanischen und des deutschen Verfassungsrechts). Jahrbuch des Öffentlich Rechts der Gegenwart, 1995, pp. 661-707, p. 680.

³⁶² “Ein verfassungsrechtlicher Schutz gegen Ausweisung allein aufgrund einer bestimmten legalen Aufenthaltsdauer besteht also nicht” (cfr. Gunnar Schuster, ob. cit., pp. 661-707, p. 682).

³⁶³ Gunnar Schuster, ob. cit., pp. 661-707, p. 682. Ainda na p. 684: “Da die rechtmässige Einreise und der rechtmässige längere Aufenthalt kein Recht begründen, in den USA bleiben zu dürfen, kann sich der Ausländer insoweit auch nicht auf geschützte Interessen (‘liberty’) im Sinne der ‘due process’-Klausel berufen.”

³⁶⁴ Gunnar Schuster, ob. cit., pp. 661-707. Também na p. 679: “Damit sind also bei der Einwanderungsentscheidung Diskriminierungen nach rassischen, politischen, ethnischen und sonstigen Gesichtspunkten erlaubt”.

fundamental ao desenvolvimento da personalidade; e pelo artigo 20, inciso I, que institui o Estado Democrático e Social), e conseqüentemente, pelo princípio da proporcionalidade, que exige que seja ouvido o estrangeiro sujeito à expulsão e que esta somente ocorra com fundamentação³⁶⁵.

2) A moral e o Direito

Os autores costumam conceituar o direito, contrapondo-o à moral. Robert Alexy afirma que “o grande problema no conceito do direito é a relação entre direito e moral”³⁶⁶. Dworkin, em “*Taking Rights Seriously*” pergunta se o Estado presta atenção nos direitos políticos e morais dos cidadãos³⁶⁷. Não se costuma questionar quanto a direitos morais contra o Estado, como o direito a ter opinião própria, de seguir a própria consciência quando em conflito com a obrigatoriedade do Direito. A opinião do indivíduo é, no entanto, um direito moral, que deve ser respeitado pela maioria, pois esta nem sempre consegue alcançar rapidamente as respostas certas para os problemas. Para que o direito se diferencie da política, ele deve incorporar valores (moral) e não apenas procedimento.

Os direitos fundamentais são na sua grande maioria direitos fundamentais relativos por derivarem de princípios morais. Um princípio, possui conteúdo ético, na medida em que “aponta para a promoção da justiça ou de uma moralidade social comparável”³⁶⁸. O conceito de direito positivo deve então expandir-se no sentido de preencher o conceito de direito de Kant³⁶⁹, onde a liberdade deve ser reivindicada não só na relação indivíduo-

³⁶⁵ Gunnar Schuster, ob. cit., pp. 661-707. Ainda na p. 695: “Dem BVerfG bleibt vorbehalten, die Wirksamkeit einer solchermassen begründeten Ermächtigung na die Verwaltung seinerseits an der Verfassung, insbesondere am Verhältnismässigkeitsgrundsatz und an den Grundrechten, zu messen.”

³⁶⁶ Robert Alexy. *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg, München: Alber, 1994, p.15.

³⁶⁷ Ronald Dworkin. *Bürgerrechte ernstgenommen*. Titel der Originalausgabe: *Taking Rights Seriously*. Erschienen bei: Harvard University Press 1978. Übers. von Ursula Wolf. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1984, p. 303.

³⁶⁸ Hannu Tolonen, ob. cit., p. 66.

³⁶⁹ Conforme o princípio universal de Kant, o homem tem direito a sua liberdade externa tão-somente em virtude de sua Humanidade, constituindo-se esta em um fim com força própria (Cfr. Maria da Assunção

Estado, mas deve ser determinada como coexistência otimizada das liberdades³⁷⁰. Por isso, os princípios permitem que as normas de direito fundamental sejam utilizadas como critérios de decisão, como avaliação e interpretação de constitucionalidade de leis ou ainda para cobrir lacunas deixadas pelo direito infraconstitucional. Como “a moral se caracteriza por operar através do consenso”³⁷¹, surge o problema de não se poder operar uma concepção ética pelo código binário do verdadeiro ou falso, pois a concepção ética é relativa. Os direitos fundamentais compõem-se de questões, que exigem um amplo consenso, “difícil de ser conseguido em uma sociedade dividida ideologicamente”³⁷². Para se atingir esse amplo consenso, é necessário construir uma concepção fundamental, que inclua desde diferenças políticas, religiosas e até ideológicas, todas sob o abrigo dos mandamentos da tolerância e da valoração igual de todas as concepções³⁷³.

A idéia de justiça constitui-se em ideais jurídicos distintos, quando aplicada a dados concretos da vida social de diversos povos e tempos. Cada um destes ideais configura um valor relativo, válido somente para o tempo e circunstâncias para os quais foi elaborado, constituindo o que se chama de direito justo. Da mesma forma que há uma só idéia de justiça e, conforme, as circunstâncias de fato, haverá um correspondente direito

Esteves. Legitimação da justiça constitucional e princípio maioritário, *in* Tribunal Constitucional – Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Coimbra: Coimbra Ed., 1995, p.127 ss., p. 133).

³⁷⁰ Ernst-Wolfgang Böckenförde. Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1990, p. 59. Conforme Robert Alexy, otimizar significa admitir limitações à liberdade conforme a situação concreta (Theorie der Grundrechte, Frankfurt a. Main: Suhrkamp, 1985).

³⁷¹ Carlos Santiago Nino, Ética y derechos humanos (un ensayo de fundamentación) 2. Ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, p. 109.

³⁷² Ernst Benda. Der soziale Rechtsstaat. Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Ernst Benda (Hrsg.) Konrad Hesse (Mitw.) 2. Aufl. (1994) 719 ss., p. 730.

³⁷³ “O racionalismo crítico de Popper salienta o caráter hipotético de todo conhecimento científico. Toda teoria – mesmo a mais aceita e justificada segundo os critérios de justificação em vigor – nada mais é do que uma hipótese, passível de ser refutada sem aviso prévio. Apesar disso, a ciência ‘progride’, no sentido de que não possa oferecer-nos a certeza de a ela termos chegado. ... (...), pois afirma que não se deve eliminar *a priori* hipótese alguma, por mais audaz que seja; deve-se, pelo contrário, fomentar um ambiente tolerante e aberto, capaz de estimular justamente o aparecimento de hipóteses abundantes e variadas, como

justo³⁷⁴, também o conceito de “social” recebe diferentes interpretações com a passagem do tempo e conforme o espaço geográfico, pois a finalidade varia conforme o entendimento que se tem do justo³⁷⁵. A idéia de justiça nasce de um consenso social sobre o que deve ser o conteúdo vinculatório, obrigatório do direito. Otto Bachof procura estabelecer os conteúdos que dão obrigatoriedade ao direito e que repousam sobre a idéia de justiça:

“o respeito e a proteção da vida humana e da dignidade do homem, a proibição da degradação do homem num objeto, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, a exigência da igualdade de tratamento e a proibição do arbítrio”³⁷⁶.

Grande parte deste consenso já foi construído pela história e está em destaque no texto da Constituição sob o *standard* da dignidade humana e no capítulo dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais não são direitos absolutos, excepcionada pela maioria da doutrina a dignidade humana, que como valor inerente ao ser humano, não seria passível de restrição³⁷⁷.

condição necessária para o progresso da ciência” (Cfr. Marcelo Dascal. Tolerância e interpretação, *in* Conhecimento, Linguagem, Ideologia. Org. Marcelo Dascal. São Paulo: Perspectiva, 1989, p. 222-223).

³⁷⁴ “Um Direito objetivamente justo é um Direito imperfeito”, conforme Rudolf Stammler, não sendo um direito ideal (cfr. Rudolf Stammler. *El Juez*. Cuba: Cultural, 1941, p. 70).

³⁷⁵ Ernst Benda. *Der soziale Rechtsstaat*. Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Ernst Benda (Hrsg.) Konrad Hesse (Mitw.) 2. Aufl. (1994) 719 ss., p. 769.

³⁷⁶ Normas constitucionais inconstitucionais? Título original em alemão: “Verfassungswidrige Verfassungsnormen?”, 1951. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, pág. 2.

³⁷⁷ Representantes minoritários da doutrina, que admitem a relativização da dignidade humana são, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, Juarez Freitas e Robert Alexy (este autor por entender a dignidade humana como princípio, portanto, passível de ponderação). Ingo Wolfgang Sarlet expõe a problemática da positivação da dignidade humana, na Alemanha, que ora será direito fundamental, ora princípio fundamental da ordem de valores objetiva. A exposição tem como discussão central o posicionamento de Robert Alexy, que optando pela posição minoritária da jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional alemão, argumenta que a dignidade humana não é uma norma de direito fundamental, antes, um princípio

Não se pode, porém, utilizar os direitos morais como limite de juridicidade. Konrad Hesse diz que a fonte da obrigatoriedade de direitos morais

“não pode ser comprovada por nenhuma outra instância que a consciência jurídica. Eles [os direitos morais] são capazes de, por isso, fundamentar um direito para a resistência, mas eles não podem, por causa daquela contradição, assumir a configuração da legalidade da Constituição”³⁷⁸.

San Tiago Dantas localiza no direito equitativo o conceito de consciência jurídica.

“Tal é o conceito é o fundamento do *due process of law*. Nele se pode ver uma fórmula constitucional, ou um das fórmulas constitucionais, que possibilitam o desempenho da função reguladora do Poder Judiciário na economia do Estado. Mas, alçando a vista a um aspecto talvez superior do problema, nela temos um processo técnico de sujeição material da lei aos princípios superiores do direito.

Não é apenas a doutrina do Direito Natural que vê no Direito uma ordem normativa superior e independente da Lei. Mesmo os que concebem a realidade jurídica como algo mutável, e os princípios gerais do Direito como uma síntese das normas dentro de certos limites históricos, reconhecem que pode haver leis inconciliáveis com esses princípios, cuja presença no sistema positivo fere a coerência deste, e produz a sensação íntima do arbítrio, traduzida na idéia de lei injusta”³⁷⁹.

jurídico (Cfr. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais (na Constituição Federal de 1988). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 117).

³⁷⁸ Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, ob. cit., p. 45.

³⁷⁹ Cfr. Igualdade perante a lei e *due process of law* (Contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo), in Problemas de Direito Positivo (Estudos e Pareceres). Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 51.

O direito equitativo apenas pode ser visualizado pelo ordenamento jurídico racional e positivo através de certos princípios e certas máximas jurídicas, que por terem conteúdo de direito natural, a sua “força obrigatória não pode ser destruída por nenhuma imposição do direito positivo”³⁸⁰.

Aulis Aarnio expressa bem a relação da moral com o direito:

“Preliminarmente, o direito e a moralidade são duas coisas distintas. Somente as regras jurídicas são formalmente vigentes. Ainda assim, os princípios morais podem ter importância para a discricionariedade judicial como base para a tomada de decisões ... Ao fazer isto, os princípios morais tornam-se judicialmente relevantes. O próprio discurso confere aos princípios morais *status* jurídico”³⁸¹.

A coerência cria a base para a aceitação do princípio como princípio jurídico. Se por um lado as decisões judiciais devem ser racionalmente fundamentadas no sistema jurídico positivo (consistência), elas também têm de ser racionalmente fundamentadas pelos fatos envolvidos, de forma “que os cidadãos possam aceitá-las como decisões racionais”³⁸².

A consistência de uma decisão é o dever que incumbe ao juiz de demonstrar metodicamente que a norma-decisão “pode ser corretamente imputada à norma jurídica que ele invoca e que essa norma pode ser corretamente imputada ao texto da norma da qual ela é parte”³⁸³, sendo os elementos fatuais dos direitos fundamentais normativos na medida em que orientam a solução do caso.

³⁸⁰ Max Weber. *Economía y Sociedad*. Vol.III (Tipos de comunidade y sociedad). Primeira edición en alemán, 1922. Primeira edición en español, 1944. México: Fondo de Cultura Económica, p. 131.

³⁸¹ Aulis Aarnio. *As regras a sério*, in *La normatividad del Derecho*, Barcelona, 1997, p. 22.

³⁸² Marcelo Cattoni. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 143.

A atividade estatal é submetida à obrigação de ser motivada (artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988) e de proteger a liberdade individual, ambos princípios derivados do Estado de Direito³⁸⁴. Não se pode utilizar o princípio do Estado Social para se retirar diretamente dos direitos fundamentais uma limitação³⁸⁵. Como obrigação de agir e como argumentos de interpretação, as determinações de objetivos do Estado vinculam imediatamente a Administração e o poder judiciário³⁸⁶ no caso de “interpretação de conceitos indeterminados e discricionários, como também na ponderação entre interesses conflitantes”³⁸⁷. Elas ainda limitam a liberdade de conformação do legislador através do prioritário estabelecimento de objetivos constitucionais. Elas não têm, porém, nenhum efeito de limitação imediata aos direitos fundamentais, pois as limitações aos direitos fundamentais apenas podem ocorrer quando o próprio direito fundamental já admite uma limitação.

Decorrentes do efeito de colisão de direitos, há o fenômeno dos limites não mencionados expressamente no texto constitucional e, por isso, chamados de limites imanentes. Os limites imanentes não são restrições conaturais à norma, e sim limites impostos ao âmbito de exercício dos direitos fundamentais quando houver necessidade de harmonizá-los com outros direitos ou princípios constitucionais.

Harmonizar direitos significa tratar igualmente os direitos constitucionais de todas as pessoas afetadas. Harmonização deve ser entendida como ponderação entre densidades normativas constitucionais. A adequada harmonização é uma reserva legitimante da Constituição dada ao legislador, no sentido, não apenas de limitar, mas, através da

³⁸³ Friedrich Müller. *Discours de la Méthode Juridique*, ob. cit., p. 187.

³⁸⁴ Görg Haverkate. *Rechtsfragen des Leistungsstaats: Verhältnismäßigkeitsgebot und Freiheitsschutz im leistenden Staatshandeln*. Tübingen: Mohr, 1983, p. 13.

³⁸⁵ Peter Badura. *Der Sozialstaat*. DÖV 1989 pp. 491-499, p. 494.

³⁸⁶ BVerfGE 59, 231, 262 s.

³⁸⁷ Konrad Hesse. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 16. Aufl. 1988, p. 91.

motivação possibilitar a limitação constitucional³⁸⁸. Reserva de lei qualificada impõe fins e meios, que devem ser atendidos na estrutura legal. Essa reserva de lei estatui uma vinculação do Legislador em obedecer em determinados direitos fundamentais, determinado fim e determinado meio. Ela exige a adequação entre fins e meios. O comando do subprincípio do princípio da proporcionalidade – adequação – exige que, tendo a disposição vários meios, escolha-se o menos gravoso à liberdade.

O controle fins-meios é dirigido ao fim normativo expresso, mas se pode avaliar se a aplicação dos meios realmente atendem ao fim interesse público ou interesse particular. O controle sobre os meios está no limiar entre política e o direito. Quando o Estado, por exemplo, regulamenta o mercado para garantir os resultados da livre concorrência, ou seja, por razões de eficiência ou de equidade, haveria em tese a questionabilidade quanto à juridicidade de tais argumentos. Tais argumentos, porém, não são suficientes, na opinião de Bustamante, para alegar a inconstitucionalidade de uma regulamentação³⁸⁹. Robert Alexy lembra que não deve o juiz decidir em caso de dúvidas, através da abertura do sistema, com ajuda de critérios não jurídicos, caso contrário estaria criando direito, como o legislador³⁹⁰.

O método de avaliação de regulamentações pode ser pela razoabilidade técnica ou pela razoabilidade jurídica. O Tribunal Constitucional (argentino)

“não pode propor outra alternativa técnica à adotada pelo Congresso para encarar um determinado problema, porém necessariamente deve opinar com relação à idoneidade da mesma para alcançar a finalidade proposta. Por exemplo, poderia sustentar que uma norma legal que estabeleceria a obrigação de tomar um copo com água para erradicar a *Aids*, não impõe nenhuma carga excessivamente gravosa a quem

³⁸⁸ Peter Lerche. Grundrechtsschranken, in J. Isensee, Kirchhof (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts (HStR), Band V, 1992, pp. 775 ss. (777).

³⁸⁹ Jorge Eduardo Bustamante: Desregulacion (entre el derecho e la economia). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. Cap. III, p. 46.

deve fazê-lo, dada a magnitude do benefício esperado para toda a população. Contudo, o meio escolhido não é tecnicamente eficaz para a finalidade proposta, a norma seria inconstitucional ainda que a restrição aos direitos individuais fossem minúscula ('proporcionada')³⁹¹.

Mais adiante complementa Bustamante:

“Em nossa opinião, embora a Corte Suprema de Justiça [da Argentina] tenha estabelecido a doutrina de que não o é de sua competência opinar acerca da razoabilidade técnica daquelas, senão somente acerca de sua razoabilidade jurídica ('proporcionalidade' entre o meio empregado e o resultado pretendido) o exercício de dita faculdade exige uma prévia avaliação acerca da eficácia técnica de cada medida para alcançar o resultado pretendido”³⁹².

De qualquer maneira, a avaliação da eficácia técnica somente pode ser realizada pelo princípio da proporcionalidade.

O limite da juridicidade quando em presença de um argumento político repercute na aceitação ou não das determinações de objetivos do Estado como critérios jurídicos de decisão. O Tribunal Constitucional alemão pronunciou-se pela vinculatoriedade do conteúdo da determinação de objetivos do Estado, dizendo que seu significado não ficava restrito ao plano político, senão que havia também um conteúdo jurídico³⁹³. Juridicamente vinculado significa, segundo Canotilho, “vinculação através da fundamentação”, ou seja, uma vinculação nos “fins do Estado, (n)os princípios materiais

³⁹⁰ Robert Alexy. *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg, München: Alber, 1994, p. 118.

³⁹¹ Jorge Eduardo Bustamante, *ob. cit.*, p. 54.

³⁹² *Ob. cit.*, p. 56.

³⁹³ BVerfGE 36, 1, 17.

norteadores da sua realização e (n)as tarefas dos órgãos estaduais”³⁹⁴. Canotilho³⁹⁵ defende, porém, a idéia de uma autolimitação gradativa quando estiver em causa “o dever de observância dos fins constitucionais”. A vinculação jurídica de todos os poderes e funções do Estado Democrático-Constitucional ocorre através das normas hierarquicamente superiores da Constituição.

Significa que a cláusula social concede ao Estado poder e obrigação de realizar a segurança da liberdade individual, mas não se pode extrair do princípio do Estado Social reivindicações individuais para que o Estado atue em favor da liberdade material. Os interesses “absolutamente prevalecentes” da comunidade e que sejam derivados da Constituição podem, no entanto, limitar os direitos fundamentais³⁹⁶. Eles atendem ao que Konrad Hesse chama de “primado do direito”, o que não significa juridificação completa ou parcial de todos os âmbitos de vida, apenas uma primazia dos critérios jurídicos sobre outros critérios³⁹⁷. Os limites da juridicidade está no fato de que ao direito é inerente a universalidade, por isso o direito pode

“só limitadamente converter-se em expressão de interesses particulares; ele permanece, em virtude de seu primado, uma grandeza relativamente autônoma, e essa relativa independência do direito de interesses alternantes e correntes políticas confia-se àqueles que têm de aplicar o direito: ao poder executivo e judiciário”³⁹⁸.

Ocorre que o consenso imprime legitimidade aos interesses. Em outros termos, os interesses dependem de um consenso que lhes garanta legitimidade, conforme evidencia-se no caso de conflito entre dois interesses o de segurança nacional e liberdade individual.

³⁹⁴ José Joaquim Gomes Canotilho. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, ob. cit., pp. 248 e 249.

³⁹⁵ José Joaquim Gomes Canotilho. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, ob. cit., p. 265.

³⁹⁶ José Joaquim Gomes Canotilho. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, ob. cit., p. 254.

³⁹⁷ Konrad Hesse. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, ob. cit. p. 510.

³⁹⁸ Konrad Hesse. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, ob. cit., p. 164.

“A intensidade da ‘guerra fria’ e as acusações de subversividade, com frequência históricas, apresentadas na imprensa mais irresponsável e nas comissões parlamentares contra pessoas e organizações suspeitas, com mais ou menos razão, tem obrigado à Corte a traçar uma fronteira entre os interesses legítimos da segurança nacional e o mínimo irreduzível de salvaguardas da liberdade individual na democracia constitucional”³⁹⁹.

No entanto, a palavra “interesse” em si não tem conteúdo jurídico⁴⁰⁰, apesar de estar subjacente à conformação jurídica. Os interesses fazem parte da via jurídica, uma vez que realizam o direito e a Constituição⁴⁰¹, mas eles não se confundem com os fins normativos. Não se deve confundir os fins, que são a *ratio legis*, com as intenções políticas, que são *occasio legis*.

Os fins normativos são critérios juridificados que têm primazia sobre os que não o sejam. A legitimidade das normas constitucionais é resultado do consenso. A legitimidade compreende as opções concretas que a sociedade faz a partir de valores abstratos, tendo como resultante consensual o interesse coletivo⁴⁰². É a validade deontológica que obriga a todos os participantes do discurso, na visão de Habermas, porque o que age comunicativamente encontra-se subordinado a um mandamento moral⁴⁰³. A razão comunicativa, proposta por ele, em substituição a razão prática de Kant, esta entendida como uma faculdade subjetiva do homem privado, que também pode assumir os papéis de um membro da sociedade civil, do Estado e do mundo, vai

³⁹⁹ W. Friedmann. *El Derecho en una Sociedad en Transformacion*. Mexico-Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1966, p. 57.

⁴⁰⁰ Hartmut Bauer. *Altes und Neues zur Schutznormtheorie*, in *AÖR* 113 (1988) pp. 582 ss. (p. 594).

⁴⁰¹ Friedrich Müller. *Discours de la Méthode Juridique*. Tradução da obra em alemão: *Juristische Methodik*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p. 47.

⁴⁰² Diogo de Figueiredo Moreira Neto. *Teoria do Poder (Sistema de Direito Político – Estudo juspolítico do poder) Parte I*. São Paulo: RT, 1992, p. 224.

⁴⁰³ *Direito e Democracia (entre facticidade e validade)*, ob. cit., vol. I, p. 20.

“além do âmbito exclusivamente moral e prático“, incorporando a tensão entre idéia e realidade⁴⁰⁴. Chama atenção aqui o risco de uma validade dependente de uma interpretação subjetiva, que pode redundar num totalitarismo. Este risco é considerado por Habermas, que logo a seguir vai acrescentar ao conceito de validade a transcendentalidade ou universalidade:

“Qualquer pretensão de verdade leva falantes e ouvintes a transcenderem os padrões provincianos de qualquer coletividade, de qualquer prática de entendimento localizada aqui e agora“⁴⁰⁵.

Deve se entender que as posições contrárias que estão em jogo num caso de colisão são interesses, sejam de indivíduo a indivíduo ou indivíduo com a comunidade, sejam provenientes de institutos ou instituições. Elas constituem, em linhas gerais, o que Habermas chama de facticidade do direito, ou aquilo que do mundo real interessa ao direito. Afinal, não se pode desconhecer o fato de que o direito é resultado da política e que ao direito é inerente a tensão entre facticidade e validade⁴⁰⁶.

O conceito de justiça pressupõe, porém, uma igualdade de tratamento. Em sentido estrito, compreende-se por justiça o

“procedimento da igualdade normatizada, a qual consiste em tratar igual o igual e o desigual desigualmente, ainda que segundo critério igual“⁴⁰⁷.

Tal critério igualizador chama-se lei. A legalidade pressupõe uma normalização racional⁴⁰⁸. A racionalidade opõe-se ao arbítrio, o que não implica em afirmar que não existe racionalidade no tratamento diferenciado, proporcionada no caso concreto. Ao

⁴⁰⁴ Habermas, *Direito e Democracia (entre facticidade e validade)*, ob. cit., vol. I, p. 21.

⁴⁰⁵ Habermas, *Direito e Democracia (entre facticidade e validade)*, ob. cit., vol. I p.32.

⁴⁰⁶ Jürgen Habermas, *Direito e Democracia (entre facticidade e validade)*, ob. cit., vol. II, p. 171.

⁴⁰⁷ Karl Larenz. *Derecho justo (Fundamentos de ética jurídica)*. Madrid: Civita, 1985, p. 46.

contrário, a exigência de racionalidade não ocorre apenas no Estado de Direito. Também o Estado Social de Direito exige racionalidade na aplicação dos fins normativos. Maria da Glória Ferreira Pinto explica que a racionalidade parte da convicção de que os homens qualitativamente são diferentes. A *ratio* é o

“elemento essencial e individualizador de todos os homens o termo de comparação que lhe permite estabelecer a valorização que exige, por um lado, uma luta contra os privilégios, qualquer que seja o nível em que se encontrem, e, por outro, a reivindicação de direitos iguais e iguais oportunidades para todos, irmanados na razão”⁴⁰⁹.

A *ratio* transparece no momento da aplicação uniforme da lei a todos os homens: a igualdade perante a lei. É condição da racionalidade da argumentação jurídica a universalidade, que tem um conteúdo ético de exigência de justiça, baseada em igual tratamento, conforme um certo critério⁴¹⁰. O requisito de universalidade na aplicação encontra justificativa no fato de evitar o favorecimento e assim evitar formar grupos privilegiados. Sob o postulado da universalidade, o alcance da exigência de fins normativos sociais podem adquirir traços completamente novos para uma ordem jurídica⁴¹¹.

O Tribunal Constitucional Federal alemão atualiza a vinculação da Legislação pelo Princípio da Proporcionalidade⁴¹². Este princípio é o responsável pela incorporação de valores éticos ao universo jurídico, eliminando os atos estatais contrários a estes valores.

⁴⁰⁸ Carl Schmitt. *Legalidade y Legitimidad*. Madrid: Aguillar, 1971, XIV.

⁴⁰⁹ Princípio da Igualdade – Fórmula Vazia ou Fórmula “Carregada” de Sentido?, In *Boletim do Ministério da Justiça*, 358, julho de 1986, pp. 19 ss. (23).

⁴¹⁰ Hannu Tolonen, *ob. cit.*, p. 78.

⁴¹¹ Hannu Tolonen, *ob. cit.*, p. 81.

⁴¹² Bernhard Schlink. *Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion*, in *EuGRZ* 1984, 457 ss., p. 460.

O Tribunal Constitucional Federal alemão entende o princípio do Estado de Direito como “princípio dirigente”⁴¹³, que contém apenas a exigência de previsibilidade, de certeza jurídica e de justiça genérica, que deve ser concretizada. O conteúdo do princípio do Estado de Direito desenvolve-se através da aplicação a casos concretos, fazendo surgir um conteúdo específico. Do princípio do Estado de Direito derivou o princípio da proporcionalidade⁴¹⁴, que, dessa forma, obteve hierarquia constitucional. O Estado de Direito age no caso concreto para atingir fins legítimos, que provaram ser adequados, necessários e sob medida.

Decorrente de tal concepção, não é o texto da norma que é normativo e sim os resultados da concretização: norma jurídica e a norma decisão. Na teoria estruturante da norma⁴¹⁵, realidade e norma não se opõem na concretização, sendo a realidade elemento constitutivo da norma-decisão. A norma jurídica é o resultado intermediário, formulado em termos genéricos, e a norma-decisão, que é a determinação obrigatória do caso individual.

Nessa linha de raciocínio, a verdadeira fonte do “direito não é a norma abstrata, senão a decisão concreta”⁴¹⁶. Em outros termos, densidade normativa suficiente para que se possa dizer que uma lei é constitucional ou inconstitucional somente pode ser verificada no caso concreto.

Nesse sentido, afirma Dieter Grimm, que

“a separação entre direito e política no plano da aplicação do direito é uma separação institucional”⁴¹⁷.

⁴¹³ BVerfGE 6, 55 (72); 20, 323 (331).

⁴¹⁴ BVerfGE 19, 342 (348f.); 35, 382 (400 f.); 61, 126 (134).

⁴¹⁵ Friedrich Müller. *Discours de la Méthode Juridique*. Tradução da obra em alemão: *Juristische Methodik*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

⁴¹⁶ Karl Engisch. *La idea de concrecion en el Derecho*. Madrid, 1968 (p. 344)

⁴¹⁷ Dieter Grimm. *Politik und Recht*, ob. cit., p. 99. No mesmo sentido, Hannu Tolonen, ob. cit., p. 79.

A separação entre direito e política depende de que os órgãos que fazem a lei não se intrometam na aplicação da mesma, assim como os que a aplicam não definem as regras sobre as quais deverão decidir. A ponderação entre diferentes normas constitucionais com conteúdo político é uma tarefa de concretização do legislador e do administrador. O Tribunal Constitucional tem apenas um papel secundário na moldura da conformação social. O juiz não pode decidir concretamente quando há a falta de uma decisão fundamental sobre uma política social, que ainda não foi resolvida em lei.

Habermas reconhece a participação privilegiada da justiça e a doutrina jurídica no que tange a melhor interpretação da Constituição, mas a justiça e a doutrina

“não têm autoridade científica para impor uma compreensão da constituição, a ser assimilada pelo público dos cidadãos”⁴¹⁸.

Peter Häberle reivindica uma nova metodologia jurídica, que venha atender às necessidades de uma hermenêutica constitucional de um sociedade aberta ou pluralista, ou seja, que diga respeito aos participantes do processo de interpretação constitucional, a qual não se reduza aos juizes, como conformadores da realidade constitucional, mas se estenda a todos os representantes significativos (os órgãos de decisão do Estado; os participantes do processo; a opinião pública (imprensa, igrejas, teatros, editoras, as escolas) e a doutrina), porque elementos formadores ou constituintes, do processo social, pois “como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição”⁴¹⁹.

⁴¹⁸ Jürgen Habermas. *Direito e Democracia (entre facticidade e validade)*, ob. cit., vol. II, p. 132.

⁴¹⁹ Peter Häberle. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição/ Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und ‘prozessualen’ Verfassungsinterpretation*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Edição alemã de 1975. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 15. “A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia,

Conforme Peter Häberle,

“*experts* e ‘pessoas interessadas’ da sociedade pluralista também se convertem em intérpretes do direito estatal. Isto significa que não apenas o processo de formação, mas também o desenvolvimento posterior, revela-se pluralista”⁴²⁰.

A Corte Constitucional exerce influência sobre o processo político e o processo político sobre a interpretação constitucional (*constitutione lata*). O único controle sobre suas decisões é a exercida pelo “espaço público” (“*die Öffentlichkeit*”)⁴²¹.

simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, ...” (Ob. cit. p. 30).

⁴²⁰ Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição/ Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und ‘prozessualen’ Verfassungsinterpretation. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Edição alemã de 1975. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 18.

⁴²¹ Peter Häberle. Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição/ Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und ‘prozessualen’ Verfassungsinterpretation. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Edição alemã de 1975. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 26.

Conclusão

As normas de direito prestacional formam uma reserva de lei, como garantia institucional. Significa que o legislador deve, presentes as possibilidades fáticas, proceder a complementação da norma.

Os “direitos fundamentais sociais” admitidos na Constituição geram uma revolução no pensamento jurídico, porque não é mais admissível separar o direito ser e dever ser, como dois planos distintos. Eles surgem justamente da assimilação de uma fatia da realidade social ao direito. No entanto, só se tem “direito fundamental social” com a proteção judicial.

O Direito possui uma autonomia relativa em relação à moral e a política (social). Não há como negar que o direito tem uma relação estreita com os fins sociais e políticas, pois a distinção entre princípios e fins é realizada através de decisão institucional sobre valores. A noção de instituição é muito forte na composição dos “direitos fundamentais sociais”. Por isso, a imposição constitucional quase se confunde com os “direitos fundamentais sociais”, mas como eles são direitos que devem ser realizados já a partir da Constituição, é preferível a sua localização nas determinações de objetivos do Estado. A decisão quanto ao conteúdo político ou jurídico cabe preferencialmente ao Legislador, por ser um regime democrático que se vive. Uma maioria homogênea pode se revelar muito hostil, por isso há a necessidade de um Judiciário forte que proporcione um canal de manifestação para as minorias. O importante a ressaltar é que o Tribunal Constitucional tem o dever institucional, que decorre da noção de norma constitucional institucional, de manifestar-se em relação às políticas sociais. Ele também tem um papel ativo na promoção da justiça social.

Os “direitos fundamentais sociais” são *standards* de interpretação. É da atenção do juiz constitucional ao desenvolvimento social que evolui o direito.

Referências Bibliográficas:

Aarnio, Aulis. Le rationnel comme raisonnable (La justification en droit). Traduit de l'anglais: "The rational as reasonable (A treatise on legal justification)". Bruxelas: Story-Scientia, 1992.

Aarnio, Aulis. As regras a sério, *in* La normatividad del Derecho, Barcelona, 1997, p. 22 ss.

Alexy, Robert. Theorie der Grundrechte, Frankfurt a. Main: Suhrkamp, 1985.

Alexy, Robert. Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, *in* Der Staat 29 (1990) p. 49 ss.

Alexy, Robert. Begriff und Geltung des Rechts. Freiburg, München: Alber, 1994.

Andrade, J. C. Vieira de. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In Tribunal Constitucional – Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Coimbra: Coimbra Ed., 1995, p. 75 ss.

Aranha, Márcio Nunes. As *dimensões objetivas* dos direitos e sua posição de relevo na interpretação constitucional como conquista contemporânea da democracia *substancial*, *in* Revista de Informação Legislativa, n. 138 abr/jun. 1998, pp. 138 ss.

Bachof, Otto. Normas constitucionais inconstitucionais? (Título do original alemão: verfassungswidrige Verfassungsnormen?, 1951) Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

Bachof, Otto. Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik. In Verfassungsgerichtsbarkeit, Peter Häberle (hrsg.). Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976, 285 ss.

Badura, Peter. Das Prinzip des sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland, *in* Der Staat 14 (1975).

Badura, Peter. Eigentumsordnung, Festschrift zum 25. Jährigen Bestehen des Bundessozialgerichts, 1979.

Badura, Peter. Der Sozialstaat, *in* DÖV , 1989, pp. 491-499.

Barroso, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

Bastos, Aurélio Wander. Conflitos Sociais e Limites do Poder Judiciário. 2^a ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

Bauer, Hartmut. Altes und Neues zur Schutznormtheorie, *in* AÖR 113 (1988) pp. 582 ss.

Benda, Ernst. Der soziale Rechtsstaat, *in* Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Ernst Benda (Hrsg.) Konrad Hesse (Mitw.) 2. Aufl. (1994) 719 ss.

Berns, Walter. A Constituição “assegura estes Direitos”? *in* A Constituição Norteamericana. Robert A. Goldwin e William A. Schambra editores. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

Bessette, Joseph M. Democracia Deliberativa: O Princípio da Maioria no Governo Republicano. In A Constituição Norte-americana. Robert A . Goldwin e William A . Schambra editores. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

Bethge, Herbert. Aktuelle Probleme der Grundrechtsdogmatik, *in* Der Staat 24 (1985) 351 ss.

Bethge, Herbert. Tema do colóquio: a mudança de rumo da dogmática de direitos fundamentais. Trabalho apresentado por Ernst-Böckenförde: “Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik”. Der Staat 29 (1990).

Bethge, Herbert. Der Grundrechtseingriff, *in* VVDStRL 57 (1998) 7 ss.

Bieback, Karl-Jürgen. Inhalt und Funktion des Sozialstaatsprinzips, *in* Jura 1987 (5) 229 ss.

Bleckmann, Albert. Begründung und Anwendungsbereich des Verhältnismässigkeitsprinzips, *in* JUS 3 (1994) pp. 177 ss.

Bobbio, Norberto. O Positivismo Jurídico. (Lições de Filosofia do Direito). São Paulo: Ícone, 1995.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang. Soziale Grundrechte. Böckenförde-Jeckewitz-Ramm (Hrsg.), Soziale Grundrechte, 1981, 7 ss.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang. Die soziale Grundrechte im Verfassungsgefüge, *in* Soziale Grundrechte, Heidelberg, Karlsruhe, 1981.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang. Ernst-Wolfgang Böckenförde. Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1990.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang. Grundrechte als Grundsatznorm, *in* Der Staat 29 (1990) 1 ss.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang. Staat, Verfassung, Demokratie. Frankfurt am Main, 1991.

Böckenförde/Grawert. Kollisionsfälle und Geltungsprobleme im Verhältnis von Bundesrecht und Landesverfassung, *in* DÖV 1971, pp. 121 ss.

Breuer, Rüdiger. Grundrechte als Anspruchsnormen, *in* Festgabe aus Anlass des 25. Jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, 1978, pp. 89 ss.

Brohm, Winfried. Soziale Grundrechte und Staatszielbestimmungen in der Verfassung (Zu den gegenwärtig diskutierten Änderungen des Grundgesetzes), *in* JZ 1994 (5) 213 ss.

Bustamante, Jorge Eduardo. Desregulación (entre el derecho e la economía). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

Bustamante, Jorge Eduardo. La República Corporativa. Emece, 1998.

Canotilho, José Joaquim Gomes. O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos. Coimbra: Livraria Almedina, 1974.

Canotilho, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador (Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas). Coimbra: Coimbra Ed., 1982.

Canotilho, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério os direitos sociais, económicos e culturais. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, pp. 25 e ss.

Canotilho, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 5^a Ed. Coimbra: Almedina, 1991.

Canotilho, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo, *in* Revista dos Tribunais – Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 15.

Canotilho, José Joaquim Gomes e Moreira, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra, 1991.

Canotilho, José Joaquim Gomes e Moreira, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. 3^a ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

Capella, Juan Ramón. Fruta Proibida. Madrid: 1997.

Cattoni, Marcelo. Direito Processual Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

Clève, Clémerson Merlin. Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988, 1993.

Cittadino, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

Comparato, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção, *in* Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 63, Julho-Setembro/1986, pp. 71 ss.

Comparato, Fábio Konder. A Organização Constitucional da Função Planejadora, *in* Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional

(Estudos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza). Porto Alegre: SAFE, 1995, pp. 77 ss.

Comparato, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, *in* RT-737 (Março de 1997) 11 ss.

Currie, David P. Positive und negative Grundrechte, *in* AÖR 1986 (111) 230 ss.

Dantas, F. C. de San Tiago. Igualdade perante a lei e *due process of law* (Contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo), *in* Problemas de Direito Positivo (Estudos e Pareceres). Rio de Janeiro: Forense, 1953.

Dascal, Marcelo. Tolerância e interpretação, *in* Conhecimento, Linguagem, Ideologia. Org. Marcelo Dascal. São Paulo: Perspectiva, 1989.

Díaz, Elías. Estado de Derecho e Sociedad Democrática. Madrid: Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1973.

Dörfler, Reinhard. Die Vereinbarkeit sozialer Grundrechte mit dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland. Erlangen, 1978.

Dworkin, Ronald. Bürgerechte ernstgenommen. Titel der Originalausgabe: Taking Rights Seriously. Erschienen bei: Harvard University Press 1978. Übers. von Ursula Wolf. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1984.

Engisch, Karl. La idea de concrecion en el Derecho. Madrid, 1968.

Engisch, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

Enterría, Eduardo Garcia de. La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas, 1991.

Esteves, Maria da Assunção. Legitimação da justiça constitucional e princípio maioritário. In Tribunal Constitucional – Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Coimbra: Coimbra Ed., 1995, pp. 127 ss.

Faber, Heiko. Vorbemerkung zu einer Theorie des Verwaltungsrechts in der nachindustriellen Gesellschaft, *in* do mesmo autor/Ekkart Stein (Hrsg.), Auf einem Dritten Weg, Festschrift für Helmut Ridder zum 70. Geburtstag am 18. Juli 1989, 1989, pp. 291 ss.

Farias, José Fernando de Castro. Espaço Público e Lógica Institucional, *in* Direito, Estado e Sociedade – Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio – n. 7, julho/dezembro de 1995, pp. 33 ss.

Favoreu, Louis e Rubio Llorente Francisco. El bloque de la constitucionalidade. Madrid: Cuadernos Cívitas, 1991.

Hase, Friedhelm. Eigentum als Teilhaberecht – Überlegungen zur Absicherung sozialrechtlicher Ansprüche durch Verfassungsrecht, *in* Heiko Faber und Ekkert Stein (Hrsg.). Auf einem Dritten Weg: Festschrift für Helmut Ridder zum 70. Geburtstag am 18. Juli 1989, pp. 259 ss.

Ferrajoli, Luigi. O novo em Direito e Política. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, pp. 89 ss.

Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón (Teoría del garantismo penal). Madrid, Trotta, 1998.

Ferraz Júnior, Tércio Sampaio. Interpretação e estudos da Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1990, pp. 11 ss.

Forsthoff, Ernst. Tratado de Derecho Administrativo. Madrid: Institutos de Estudios Políticos, 1958.

Frey, René L. Gerechtigkeit, soziale Grundrechte und Ökonomie, *in* Staatsorganization und Staatsfunktionen im Wandel: Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag. Georg Müller (Hrsg.), Basel; Frankfurt am Main; Helbing und Lichtenhahn, 1982, 225 ss.

Friedmann, W. El Derecho en una Sociedad en Transformacion. Mexico-Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1966.

Fromont, Michel. République fédérale d'Allemagne: la jurisprudence constitutionnelle en 1986 et 1987, *in* Revue du Droit Public – R. D. P. , 1989, n. 1, p. 95

Gallwas, Hans-Ullrich. Grundrechte. Frankfurt am Main: Alfred Metzner Verlag, 1985.

Gomes, Joaquim B. Barbosa. Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade (O Direito como instrumento de Transformação Social. A experiência dos EUA). Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2001.

Grau, Eros Roberto. Planejamento Econômico e Regra Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

Grau, Eros Roberto. Notas Sobre a Noção de Norma-Objetivo, *in* RDP-71, pp. 137 ss.

Grau, Eros Roberto. Elementos de Direito Econômico. São Paulo: RT, 1981.

Grau, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). São Paulo: RT, 1990.

Grau, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 2^a Ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

Grimm, Dieter. Politik und Recht, *in* Grundrechte, soziale Ordnung und Verfassungsgerichtsbarkeit. Festschrift für Ernst Benda zum 70. Geburtstag, Eckart Klein (Hrsg.) 1995, 91 ss.

Hart, Herbert. "Positivism and The Separation of Law and Morals", *in* Harvard Law Review 593 (1958).

Haverkate, Görg. Rechtsfragen des Leistungsstaats: Verhältnismäßigkeitsgebot und Freiheitsschutz im leistenden Staatshandeln. Tübingen: Mohr, 1983.

Heck, Luís Afonso. Hermenêutica da Constituição Econômica. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, n, 113, jan/mar 1992.

D'Heur, Bernd Jean. Grundrechte im Spannungsverhältnis zwischen subjektive Freiheitsgarantien und objektiven Grundsatznormen, *in* JZ 1995.

Hesse, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1^a ed.:1967). Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

Hesse, Konrad. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 16. Aufl., 1988.

Hesse, Konrad. A força normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung). Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

Hesse, Konrad. Bedeutung der Grundrechte. Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Ernst Benda, Werner Maihofer, Hans-Jochen Vogel (Hrsg.), 2. Aufl., 1994, 127 ss.

Häberle, Peter. Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição/ Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und ‘prozessualen’ Verfassungsinterpretation. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Edição alemã de 1975. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

Häberle, Peter. Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz (Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis des Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt). 3. Aufl., Heidelberg: Müller Juristischer Verlag, 1983.

Häberle, Peter. “Leistungsrecht” im sozialen Rechtsstaat, *in* (do mesmo autor) Verfassung als öffentlicher Prozess: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft, 2. Ed., 1996, pp. 445 ss.

Habermas, Jürgen. Mudança estrutural da esfera pública. Tradução de Flávio R. Kothe do texto original em alemão “Strukturwandel der Öffentlichkeit”. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

Habermas, Jürgen. Direito e Democracia (entre facticidade e validade). Tradução de Flávio Beno Siebeneicher do texto original “Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtstaat”, 4^a ed. 1994. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, Vols. I e II.

Isensee, Joseph. Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, *in* Handbuch de Staatsrechts V.

Langenfeld, Christine. Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten: Eine Herausforderung für das deutsche Schulwesen – Einführung in einige grundrechtliche Fragestellungen, *in* AÖR 123 (1998) 375 ss.

Larenz, Karl. Derecho justo (Fundamentos de ética jurídica). Madrid: Civita, 1985.

Leite, Luciano Ferreira. O Regulamento no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

Lerche, Peter. Grundrechtsschranken, *in* J. Isensee, Kirchhof (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts (HStR), Band V, 1992, pp. 775 ss.

Lerche, Peter. Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff, *in* J. Isensee, Kirchhof (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts (HStR), Band V, 1992, pp. 739 ss.

Locke, John. Two Treatises of Government. 1690, Cap. IX. Edited with an Introduction by Thomas I. Cook. New York: Hafner Publishing Co.

Loewenstein, Karl. Teoría de la Constitución. Tradução do alemão (Verfassungslehre, Tübingen, 1959) por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona-Caracas-México, Editorial Ariel, 1979.

Lübbe-Wolff, Gertrude. Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte (Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlichen Leistungen). Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1988.

Jarass, Hans D. Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik. AÖR 120 (1) 1995, 345 ss.

Jutzi, Siegfried. Landesverfassungsrecht und Bundesrecht. 1982.

Klein, Eckart. Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, *in* NJW 1989, pp.1633 ss.

Klein, Hans H. Die Grundrechte Schutzpflicht, *in* DVWBl. 1991, p. 729 ss.

Klein, Hans H. Die Grundrechte im demokratischen Staat, 1974.

Kommers, Donald P. Kann das Deutsche Verfassungsrechtsdenken Vorbild für die Vereinigten Staaten sein?, *in* Der Staat 37 (1998) 335 ss.

König, Klaus. Staatsaufgabe und Verfassungen der neuen Bundesländer, *in* Verfassungsrecht im Wandel (Zum 180 jährigen Bestehen der Carl Heymanns Verlag KG). Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag KG, 1995, 109 ss.

Krebs, Walter. Freiheit durch Grundrechte, *in* Jura (1988) 617 ss.

Lücke, Jörg. Soziale Grundrechte als Staatszielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträge, *in* AÖR 107 (1987) pp. 15 ss.

Maspétiol, Roland. Les techniques juridiques de l'économie globale, Archives de Philosophie du Droit, 1952.

McIwain, Charles Howard. Constitucionalismo Antiguo y Moderno, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Mayer, Otto. Le Droit Administratif Allemand. Paris: V. Giard e E. Brière, 1904.

Maunz, Theodor. Staatsziele in den Verfassungen von Bund und Ländern, *in* BayVBl. 18 (1989) pp. 545 ss.

Mendes, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. São Paulo: Celso Bastos Ed., 1998.

Mendes, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões, *in* Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, pp. 197 ss.

Merten, Detlef. Sozialrecht, Sozialpolitik, *in* Handbuch des Verfassungsrechts, 1994, 961 ss.

Miranda, Jorge. Nos dez anos de funcionamento do Tribunal Constitucional, *in* Tribunal Constitucional – Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Coimbra: Coimbra Ed., 1995, p. 91 ss.

Moncada, Luís S. Cabral de. A problemática jurídica do planeamento económico. Coimbra: Coimbra Ed., 1985.

Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. Metodologia Constitucional, *in* Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, n. 91, jul./set. 1986, pp. 63 ss.

Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. Teoria do Poder (Sistema de Direito Político – Estudo juspolítico do poder) Parte I. São Paulo: RT, 1992.

Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. O Sistema Judiciário Brasileiro e a Reforma do Estado. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

Moreira, Vital. A ordem jurídica (do capitalismo). 4. Ed. Lisboa: Caminho, 1987.

Moreira, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade, *in* Tribunal Constitucional – Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Coimbra: Coimbra Ed., 1995, pp. 177 ss.

Müller, Friedrich. Discours de la Méthode Juridique. Tradução da obra em alemão: Juristische Methodik. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

Müller, Friedrich. Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia. São Paulo, Max Limonad, 1998.

Müller, Jörg Paul. Soziale Grundrechte in der Verfassung? 2. Aufl., Basel/Frankfurt am Main: Helbing und Lichtenhahn, 1981.

Neumann, Volker. Sozialstaatsprinzip und Grundrechtsdogmatik, *in* DVBl. (1997) 92 ss.

Nino, Carlos Santiago. Ética y derechos humanos (un ensayo de fundamentación) 2. Ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989.

Offe, Claus. Legitimação Política por Decisão Majoritária?, *in* Problemas Estruturais do Estado Capitalista. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

Offe, Claus. Contradicciones en el Estado del Bienestar. Madrid: Alianza Editorial, 1990.

Offe, Claus. Capitalismo Desorganizado (transformações contemporâneas do trabalho e da política). São Paulo: Editora Brasiliense, 1995.

Passos, J. J. Calmon de. Processo e Democracia: Democracia, participação e processo, *in* Participação e Processo. São Paulo: RT, 1988.

Pallieri, Giorgio Balladore. Diritto Costituzionale. 3^a ed., Milão: Giuffré.

Pieroth, Bodo und Schlink, Bernhard. Grundrechte (Staatsrecht II). 11^a Ed. Heidelberg: Müller, 1995.

Pinto, Maria da Glória Ferreira. Princípio da Igualdade – Fórmula Vazia ou Fórmula “Carregada” de Sentido?, *in* Boletim do Ministério da Justiça, 358, julho de 1986, pp. 19 ss.

Piovesan, Flávia. Constituição e Transformação Social: A Eficácia das Normas Constitucionais Programáticas e a Concretização dos Direitos e Garantias Fundamentais, *in* Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (RPGESP), n. 37 (1992), pp. 63 e ss.

Pires, Maria José Morais. A Discriminação Positiva no Direito Internacional e Europeu dos Direitos do Homem, *in* Documentação e Direito Comparado, n. 63/64, 1995, pp. 7 ss.

Ramm, Thilo. Die soziale Grundrechte im Verfassungsgefüge, *in* Soziale Grundrechte, Böckenförde u. a., Heidelberg, Karlsruhe, 1981.

Reale, Miguel. O Direito como experiência (Introdução à Epistemologia Jurídica). São Paulo: Saraiva, 1968.

Reich, Norbert. Intervenção do Estado na economia (Reflexões sobre a pós-modernidade na teoria jurídica), *in* RDP, 94, 1990, pp. 265-282.

Rivero, Jean. Les libertés publiques (Les droits de l’homme). Paris: Thémis, 1973.

Robles, Gregorio. Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual. Madrid: Civitas, 1995.

Rodrigues, Lêda Boechat. A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

Rupp, Hans. Vom Wandel der Grundrechte, *in* AÖR 101 (1976) 161 ss.

Sarlet, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988, *in* O Direito Público em tempos de crise (Estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 129 ss.

Sarlet, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a proibição do retrocesso e a garantia fundamental da propriedade, *in* AJURIS (73) 1998, pp. 210 a 213 e *in* Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 17, 1999, pp. 111 a 132.

Sarlet, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais (na Constituição Federal de 1988). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Schlink, Bernhard. Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, *in* EuGRZ 1984, 457 ss.

Schmitt, Carl. Legalidade y Legitimidad. Madrid: Aguillar, 1971.

Schmitt, Carl. O conceito de político. Petrópolis: Vozes, 1992.

Schmidt, Walter. Grundrechtstheorie im Wandel der Verfassungsgeschichte, *in* Jura (1983) 169 ss.

Schuster, Gunnar. Bundeskompetenz, Kontrollrechte und Grundrechtsschutz bei Ausweisungen (Ein Vergleich des amerikanischen und des deutschen Verfassungsrechts), *in* Jahrbuch des Öffentlich Rechts der Gegenwart, 1995, pp. 661 ss.

Schwartz, Bernard. Direito Constitucional Americano. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

Starck, Christian. El Concepto de Ley en la Constitución Alemana (Título original em alemão: Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, de 1970). Tradução de Luis Legaz Lacambra. Madrid: Artes Gráfica, 1979.

Starck, Christian. La légitimité de la justice constitutionnelle, *in* Tribunal Constitucional – Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Coimbra: Coimbra Ed., 1995, pp. 59 ss.

Smend, Rudolf. Constitución y Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985,

Stern, Klaus. Sinn und Form der Grundrechte. Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland 1992 V , pp. 3 ss.

Stern, Klaus. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Bd. III/1, 1988.

Stern, Klaus. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Bd. II/1988.

Silva, Almiro do Couto e. Problemas Jurídicos do Planeamento, *in* RDA n. 170 (1987) pp. 1 ss.

Silva, Almiro do Couto e. Almiro do Couto e Silva. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo, *in* RDP-84, pp. 46 ss.

Silva, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 2^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

Silva, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo, Malheiros, 1992.

Silva, José Afonso da. Poder Constituinte e Poder Popular (Estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2000.

Stammler, Rudolf. El Juez. Cuba: Cultural, 1941.

Sterzel, Dieter. Staatsziel und soziale Grundrechte, *in* ZRP 1993, pp. 13 ss.

Störmer, Rainer. Gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbote versus nationale Grundrechte? *in* AÖR 123 (1998) 541 ss.

Tácito, Caio. O Poder de Polícia e seus limites, *in* RDA 27 (1952), pp1-11

Tavares, Ana Lucia de Lyra. O espaço público e as relações entre os poderes instituídos e os da sociedade civil, *in* Direito, Estado e Sociedade – Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio – no. 7, julho/dezembro de 1995, pp. 1 ss.

Tolonen, Hannu. Reglas, principios y fines: la interrelación entre derecho, moral y politica. In La normatividad del derecho. Aulis Aarnio, Ernesto Garzón Valdés, Jyrki Usitalo (comps.). Barcelona: Gedisa, 1997, pp. 65 ss.

Torres, Ricardo Lobo. O espaço público e os intérpretes da Constituição, *in* Direito, Estado e Sociedade – Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio – n. 7, julho/dezembro de 1995, pp. 117 ss.

Torres, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos, *in* Teoria dos Direitos Fundamentais. Ricardo Lobo Torres Organizador. 2^a Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 243 ss.

Tribe, Lawrence H. American Constitutional Law. Second Edition. Mineola, New York: The Foundation Press, Inc., 1988.

Trindade, Antônio Augusto Cançado. A Questão da Implementação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Evolução e Tendências Atuais, *in* Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte: UFMG, 71, 1990, p. 7 ss.

Viana, Luiz Werneck et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: 1999.

Vilanova, José. Elementos de Filosofía del Derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1984.

Villey, Michel. Le Droit et les Droits de l'Homme. Paris: PUF, 1983.

Vuillemin, Jules. Sobre a Tolerância, *in* Conhecimento, Linguagem, Ideologia. São Paulo: Perspectiva, 1989, p. 217 e ss.

Wahl, Rainer. Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts, dans: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 3, 1984.

Weber, Max. Economía y Sociedad. Vol.III (Tipos de comunidade y sociedad). Primeira edición en alemán, 1922. Primeira edición en español, 1944. México: Fondo de Cultura Económica.

Weber, Max. Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen, 1956, vol. II.

Wieacker, Franz. História do Direito Privado Moderno. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

Wieacker, Franz. El principio general de la buena fe. Madrid: Civitas, 1982.

Zacher, Hans F. Das soziale Staatsziel, *in* Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I (1995), pp. 1045 ss.

Zacher, Hans F. “Was können wir über das Sozialstaatsprinzip wissen?”, *in* Festschrift H.P. Ipsen, 1977, pp. 207 ss.