A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO À LUZ DA TEORIA DA NORMA - UM ENFOQUE COM DESTAQUE PARA AS NORMAS DE DIREITO SOCIAIS

THE CONSTITUCIONAL THEORY ACCORDING TO THE NORMATIVE THEORY - THE IMPORTANCE OF THE ANALYSIS TO THE SOCIAL RIGHTS

Marcus Orione Gonçalves Correia*

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: O artigo busca uma análise da teoria constitucional à luz da teoria da norma. Conclui pela força normativa da Constituição, inclusive das normas de Direito sociais.
Palavras-chave: Teoria da Constituição. Teoria da norma. Normas de Direito sociais. Força normativa.

Abstract: The article intents to clarify some aspects of constitucional theory according to the normative theory - and demonstrates the importance of the analysis to the social rights.
Key Words: Constitucional theory. Normative theory. Social rights.

1. Apresentação

O que se pretende, neste estudo, é exatamente a constatação, a partir da força normativa da Constituição, de como se situa a norma constitucional no contexto da teoria geral da norma.

As peculiariedades da norma constitucional certamente devem e serão consideradas - especialmente a carga política que envolve o texto da Constituição - na análise que se pretende fazer. No entanto, para que se entender a norma constitucional, há que se visualizar os elementos da norma em geral e seus efeitos. Somente assim a Constituição deixaria de ser mero pedaço de papel e passaria a ter força normativa.

Portanto, faz-se indispensável a verificação de todos os elementos da norma em geral e a constatação da sua presença quanto se analisa o texto constitucional.

Destacou-se, por fim, a norma constitucional de Direito social, por algumas razões específicas.

Primeiro, uma vez resolvida a inserção da norma constitucional de Direito social na teoria da norma, certamente diversas outras normas constantes da Constituição poderão ser mais facilmente analisadas.

Segundo, esta questão tem sido fruto intenso do debate que temos promovido nas aulas de graduação e, em especial, de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Assim, como estamos promovendo a análise do tema para alunos do Departamento de Direito do Trabalho, a maior parte da investigação que tem sido feita, em especial, para os Direito sociais. Diga-se, de passagem, que muitas das questões aqui debatidas têm sido suscitadas em duas disciplinas

* Doutor e Livre-docente em Direito pela Faculdade de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor da Escola Paulista de Direito Social. Juiz Federal.

das quais tivemos o prazer de participar na pós-graduação: "Direito sociais, Constituição e Estado" e "Direito sociais e Direitos humanos". Dos debates ali promovidos, com os sempre diligentes alunos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vem-se enriquecendo o leque de investigações de vários temas, dentre eles o que agora se promove a análise.

2. A Compreensão da Norma - Uma Breve Análise da Teoria das Normas

Para fins do presente estudo, há que se destacar os elementos que a doutrina em geral considera indispensáveis para a compreensão das normas: generalidade, abstração, inovação e comando.

Pela generalidade, a norma, quando editada, se dirige a todos indistintamente. Como consectário, tem-se a abstração, segundo a qual não seria possível a edição de uma norma voltada para o caso concreto. Estes dois elementos estão tão intimamente ligados que alguns autores chegam, mesmo, a fundi-los. A este respeito, confiram-se as observações de GIORGIO DEL VECCHIO: "Según su propia naturaleza, la norma jurídica es general, o sea, procede por abstracción, por fijación de tipos; es decir, se refiere a una clase entera o serie de casos, en número indefinido y no a personas determinadas, ni a relaciones individualmente consideradas".[1]

Da mesma forma, há que se destacar o caráter inovador da norma, no sentido de que decorre da única atividade do Estado (a legislativa) que é capaz de inovar, na medida em que os demais atos, que não os normativos, somente podem ser tidos como adstritos à norma. Assim, no Estado de Direito, os atos administrativos (que correspondem à atuação do Poder Executivo) e os atos jurisdicionais (que decorrem da atividade do Poder Judiciário) não são inovadores, já que dependem de norma anterior. É claro que há aqui que se ter cuidado com a extensão desta ilação em relação ao Judiciário, em especial no ato de interpretar a norma jurídica, como veremos no momento oportuno. No entanto, feita esta observação, há que se acompanhar SEABRA FAGUNDES no sentido de que, ao se diferenciar a atividade normativa do Estado das demais por este realizadas, a norma representa a manifestação primeira de vitalidade do Estado - sendo produzida de atividade que inaugura o sistema jurídico de proteção e vinculativa das demais atuações do Estado.[2]

Há, ainda, que se destacar que, enquanto provenientes de uma fonte de força legitimamente constituída - o Estado -, as normas são dotadas de comando. Na medida em que nos colocamos nas mãos do Estado, para que este promova a organização social, não seria possível que uma norma fosse destituída da idéia de regramento de condutas com força coercitiva - não aparecendo como mero conselho de que como se deseja que se dêem as relações humanas.

Todos estes elementos típicos da norma estão intimamente ligados à própria idéia de segurança jurídica, substrato do conteúdo normativo.

O fato de se regrar de forma constante uma mesma conduta independentemente de quem seja o seu destinatário e de casos específicos (generalidade e abstração) conduz necessariamente à idéia de segurança jurídica. Neste sentido, aliás, o já citado DEL VECCHIO, menciona que "(...) la seguridade del orden jurídico tiene por condición la rigidez abstracta de la norma".[3]

Na verdade, aqui há se destacar que estamos falando de segurança jurídica a partir da perspectiva da igualdade no sentido dado por RALF DAHRENDORF[4], para quem esta somente haveria na medida em que não existam pessoas com liberdade demais e outras com liberdades de menos:"A respeito da igualdade do 'status'

social, podemos apresentar dois problemas extremos, nos quais as oportunidades da liberdade se encontram particularmente em perigo e nos quais, portanto, se podem calibrar melhor as complexas relações entre igualdade social e liberdade individual. São os problemas apresentados pelos limites inferior e superior da hierarquia do 'status' social: existe alguma categoria social, abaixo da qual ninguém deve cair, sem perder as oportunidades da liberdade? Há, ao contrário, posições sociais, cujo 'status' supere em tal medida o nível geral, que perigam por sua culpa as oportunidades de liberdade dos outros? Como se apresenta o problema da conciabilidade de liberdade e igualdade nos dois extremos, na base e no topo da pirâmide social?".

A segurança jurídica advinda da norma, a partir de seus elementos antes indicados, somente existe na medida em que se promova a igualdade no sentido material.

Portanto, o comando, igual para iguais e desigual para desiguais (no sentido da promoção da igualdade), é fator que claramente conduz à segurança jurídica.

Logo, também na própria concepção de qualquer norma devem estar presentes a razoabilidade e a proporcionalidade, sob pena de uma contradição de essência.

Desrespeitada a regra, o que deve ser considerado como algo possível, já que somos livres para tanto, as conseqüências deverão ser sentidas. Embora sejamos livres para escolher entre realizar ou não o comando normativo, a nossa liberdade não é suficiente para que estejamos livres também dos efeitos previstos pelo descumprimento. Caso contrário, a liberdade de um só subjugaria a liberdade de todos e o comando se esvaziaria, transformando a norma em mero aconselhamento.

Há que se destacar também que, por meio da norma, busca-se um ideal das relações em sociedade. Aqui estamos no plano do dever ser. A sociedade se pretende de certa forma que, legitimamente, é a escolhida por meio da norma de conduta jurídica. Se, por acaso, indivíduos, isolada ou coletivamente, pretendem uma sociedade diversa da considerada juridicamente devem buscar a modificação pelas formas validadas pela sociedade em que vivem. Não o fazendo, mas buscando uma conduta diversa, em confronto com o estabelecido normativamente, devem sofrer a sanção decorrente desta opção. O dever ser representa o ideal de dada sociedade, por valores insertos na norma, e uma vez desrespeitada esta opção social, a sanção é um elemento indispensável.

Por último, o caráter inovador da norma poderia sugerir insegurança jurídica. Este requisito está a indicar que, das atividades do Estado moderno, apenas a normativa é capaz de inaugurar condutas não previstas anteriormente no ordenamento. Sob a perspectiva de uma possível inflação normativa, e dentro de uma concepção clássica de uma constante produção de normas, certamente o caráter inovador poderia ser tido como elemento de instabilidade da segurança jurídica. No entanto, se a análise se fizer a partir da perspectiva da necessidade de que a norma, observados os paradigmas do Estado de Direito, se atualize, este elemento também pode ser considerado como indispensável para que seja alcançada a segurança jurídica. É claro que numa sociedade em que as relações são constantemente cambiantes não há como se admitir a imutabilidade das normas e há que se conviver com uma certa produção normativa. Inobstante, para evitar a insegurança na sociedade decorrente desta proliferação, o discurso do poder normativo dos grupos (sindicatos, associações, empresas, etc.) e mesmo o elemento inovador devem ter parâmetros que são dados especialmente pela Constituição e

aquele último pode ser mitigado por uma desejável restrição da abstração e generalidade das normas.

Colocadas estas premissas, sentimo-nos habilitados a demonstrar aquela que é a tese central deste trabalho: presentes todos os elementos antes indicados, não há como se esconder o conteúdo normativo das disposições constitucionais. É claro que algumas especificidades, para se chegar a esta conclusão, devem ser analisadas - mormente quando se fala de normas constitucionais de Direito sociais. Passemos, pois, adiante.

3. Esboço de uma Teoria da Norma Constitucional

Ao enumerar os significados atribuídos por CARL SCHMITT à Constituição, GILBERTO BERCOVICI afirma que o autor admite um conceito que não reduz o texto constitucional a "simples norma jurídica", estando muito mais próximo do "regime político-social de um determinado Estado". Assim, SCHMITT teria rejeitado o significado, em sentido absoluto, da Constituição como sistema de normas, ainda que supremas. Para este significado, rejeitado pelo autor, "a Constituição se limitaria a algo normativo, a prescrever o dever-ser, convertendo o Estado em um ordenamento jurídico que tem sua norma fundamental na Constituição"[5] .

Parece-nos, no entanto, que a tentativa de se tirar a força normativa da constituição não é o melhor caminho.

Entendemos que as conclusões acima somente podem ser admitidas em um contexto em que se divorcie o conteúdo normativo do conteúdo político-social do Estado. Não se pretende aqui estabelecer uma indevida coincidência entre Estado e Direito, como o fez KELSEN na seguinte passagem em que defende a superação do dualismo Direito e Estado: "Então, a tentativa de legitimar o Estado como Estado 'de Direito' revela-se inteiramente infrutífera, porque - como já foi acentuado - todo Estado tem de ser um Estado de Direito no sentido de que todo o Estado é uma ordem jurídica".[6] No entanto, somente a partir de uma visão estática do fenômeno normativo as conclusões de SCHMITT poderiam ser admitidas.

Não sendo admissível a compreensão da norma como produto definitivamente concluído pela sua simples elaboração, na medida em que se submete a um constante processo de interpretação, resta claro que qualquer que seja a norma esta sempre se submete à adequação de um modelo político-estatal de certo Estado. Não há como esconder que, em diversas oportunidades, a norma é, ao mesmo tempo, condicionada e condicionante da realidade. Certamente, que não é qualquer norma que será condicionante e condicionada quando se trata de *unidade político-social* de um certo Estado, mas, mesmo possuindo este *status* (e talvez exatamente por possuí-lo), à disposição constitucional deve ser atribuído caráter normativo. Não se trata aqui de assumir a mesma posição de KELSEN:

"No estudo do 'Debate de Weimar', centrado na questão do combate ao positivismo jurídico e nas relações entre Estado, Constituição, política e realidade, muitas vezes passa despercebida a, talvez, grande inovação de Hans Kelsen: a substituição da Teoria Geral do Estado pela Teoria da Constituição. Kelsen destaca a importância da juridicidade da Constituição, indo além da idéia da Constituição estatal: a base da Constituição não é o Estado ou a 'força normativa dos fatos', mas a norma fundamental, que não é posta, mas pressuposta"[7].

Na verdade, a partir de uma visão dinâmica da norma, atribuir-se ao dispositivo constitucional o caráter normativo significa a efetiva preservação do caráter de

unidade político-social comum a qualquer Constituição. Senão vejamos.

Somente para aferir a insuficiência das colocações anteriores que infirmam a força normativa da Constituição, destacamos uma das diversas teorias da norma existentes. A partir de uma visão tridimensionalista, por exemplo, a atuação de uma norma constitucional como componente indispensável ao modelo político-social do Estado resta nítida. Assim, "quem assume, porém, uma posição tridimensionalista, já está a meio caminho andado da compreensão do Direito em têrmos de 'experiência concreta', pois, até mesmo quando o estudioso se contenta com a articulação final dos pontos de vista do filósofo, do sociólogo e do jurista, já está revelando salutar repúdio a quaisquer imagens parciais ou setorizadas, com o reconhecimento da insuficiência das perspectivas resultantes da consideração isolada do que há de fático, de axiológico ou ideal, ou de normativo na vida do Direito"[8] .

Ora, se a norma resulta de fatores não meramente jurídicos, mas também de elementos valorativos e sociais, certamente que, a partir desta visão, à disposição constitucional seria facilmente atribuível o caráter normativo – ainda que dotado da especificidade da sua busca pela unidade político social. Assim, sem deixar de ser norma, a Constituição, em uma visão que afasta da teoria pura do Direito, será também estatuto político-social de Estado. Certamente que, ainda aqui, não estaríamos confundindo Direito com Estado, como fez, pelo menos em um primeiro instante, Hans Kelsen. Estamos sim admitindo uma nova visão da norma, que, por ser muito mais dinâmica, permite que esta se renove constantemente, ainda que pela interpretação, para que os seus valores sempre sejam adequados aos desejos sociais. Aliás, neste sentido nunca é demais lembrar, em reforço a tudo que já dissemos, que:

"Por outro lado, por fundar a sua ciência positiva a partir do momento da normatividade, nem por isso pode o jurista perder contacto com a experiência, tanto com a espontânea ou pré-categorial, como com a reflexa ou científico-positiva, pois é a experiência o campo comum no qual se encontram os destinatários das regras de Direito, os seus teóricos e os seus operadores. (...) Ora, como a experiência jurídica é variável em seus parâmetros, de país para país, ainda que situados na mesma área cultural; como as conjunturas históricas e os coeficientes pessoais de estimativa são diversos perante as mesmas situações de fato, compreende-se a multiplicidade de formas de tridimensionalismo jurídico - como veremos no capítulo seguinte - mas são tôdas expressões de um mesmo *desideratum*, que consiste em inserir a Jurisprudência no fluxo da história e da vida, sem perda dos valôres de rigor técnico, de certeza e de segurança exigidos por uma Ciência que, tal como nos ensinam os mestres de todos os tempos, deve ser estável mas não estática, deve ser certa sem se cristalizar em fórmulas rígidas, ilusòriamente definitivas".[9]

Portanto, sob esta perspectiva, não há como se esconder que a disposição constitucional também é norma, devendo, necessariamente, ser considerada também sob a perspectiva do dever-ser.

Aqui novamente nos socorremos de MIGUEL REALE[10]. Após colocar no plano do ser os objetos naturais e ideais, o autor situa, no campo do dever ser, os valores. Se o ser jamais poderá se transformar no dever-ser, o contrário se faz possível (o dever-ser se transformando no ser). A operação do jurista, portanto, será voltada para o mundo dos valores (do dever-ser). Não há que se olvidar aqui todos os elementos componentes dos valores: bipolaridade, implicação, referibilidade, preferibilidade, incomensurabilidade, gradação hierárqui-

ca, objetividade, historicidade e inexauribilidade.

No caso constitucional, os valores firmam a própria razão do sistema (já que, mesmo os que não confundem princípios com valores, sabem da importância dos últimos para a aferição dos primeiros). Na composição dos valores constitucionais, vemos presentes todos os elementos acima declinados. Portanto, a norma constitucional também tem como referência o dever-ser, não se subsumindo a mera expectativa de atuação política complementar. Ela é determinada e determinante quando se toma como referência a ação política. Retirar da disposição constitucional este caráter normativo, parece-nos extremamente perigoso, pois, se assim o fosse, a Constituição, a despeito de ser elemento de referência no ordenamento jurídico, teria natureza diversa (sendo algo estranho e alheio) do mesmo ordenamento que condiciona. Assim, as normas infraconstitucionais seriam normas, mas Constituição seria outra coisa - o que? - diversa de norma. Ora, tudo que se desenha no plano no infraconstitucional está condicionado a um dos elementos mais importantes da norma antes mencionados - já que o distingue de outras figuras - que é comando. A Constituição, não sendo norma, não teria força coercitiva. Algo, no mínimo, esdrúxulo: as normas infraconstitucionais (condicionadas) teriam força coercitiva e as normas constitucionais (condicionantes) não teriam força coercitiva.

A extração da força normativa da Constitucional nos conduz ainda a outras armadilhas.

Assim, por exemplo, normas infraconstitucionais podem ser afastadas do ordenamento jurídico, observadas as questões próprias concernentes ao controle de constitucionalidade, se confrontarem a Constituição. Se não houvesse força normativa da Constituição, entendemos que isto não seria possível. Ora, tanto tem que é capaz de afastar a eficácia daquilo que lhe confronta. Somente, no plano normativo, seria possível conceber-se esta força do comando constitucional.

Tomemos, ainda, como exemplo as normas constitucionais de Direito fundamental. Hoje já se tem discutido, inclusive, a possibilidade de sua direta incidência sobre as relações entre particulares[11] - sendo que, em relação ao poder público, não há como se infirmar a sujeição imediata. Para muitos apenas com a imediata força normativa de princípios como o da igualdade, diretamente sobre os contratos de natureza privada, v.g., será possível a salvaguarda dos valores constitucionais. A mera admissão desta incidência imediata significa o reconhecimento da força normativa da Constituição. Assim, por exemplo, quando se admite que um contrato firmado no plano da saúde suplementar não pode distinguir entre pessoas mais ou menos idosas, certamente está se falando na força normativa direta do princípio da igualdade, constante do rol do art. 5o. da Constituição Federal.

Assim, a Constituição, enquanto norma, não viabiliza a conclusão de que esta apenas crie um Direito subjetivo no sentido negativo. É necessário que o sujeito tenha Direito subjetivo no sentido positivo, de fazer valer diretamente o preceito constitucional. Nos Direito sociais isto fica patente, sendo que alguns, no nosso sentir inadvertidamente, dizem que não geram Direitos subjetivos a prestações do Judiciário - dirigindo-se apenas ao legislador. No entanto, cremos que os seus destinatários são os cidadãos que tudo podem fazer para buscar a força normativa, inclusive com o ingresso no Judiciário.

Aliás, que norma seria esta que, em nome da unidade do sistema, subjuga todas as demais ao seu comando, mas não pode gerar imediatamente Direitos subjetivos - já

que, enquanto projeto político, depende de atuação complementar do próprio Estado?

O dever-se constitucional, como qualquer outro dever-ser do mundo das normas, não pode se condicionar a elementos políticos ou econômicos, para o seu exercício, sob pena de se constituir em qualquer outra coisa que não norma. Aliás, a respeito do tema, há que se destacar as palavras de LUIGI FERRAJOLI:

"Si en virtud de la primera catacterísticta, el 'ser' o la 'existencia', del derecho no pude derivarse de la moral ni encontrarse n la naturaleza, sino que es, precisamente, 'puesto' o 'hecho' por los hombres y es como los hombres lo quieren y, antes aún, lo piensan; en virtud de la segunda característica también el 'deber ser' del derecho positivo, o sea, sus condiciones de 'validez', resulta positivizado por un sistema de reglas que disciplinan las propias opciones desde las que el derecho viene pensado y proyectado, mediante el establecimiento de los valores ético-políticos - igualdad, dignidad de las personas, derechos fundamentales - por los que se acuerda que aquéllas deben ser informadas. En suma, son los mismos modelos axiológicos del derecho positivo, y ya no sólo contingentes - su 'deber ser', y non sólo 'ser' - los que se encuentran incorporados al ordenamiento del Estado constitucional de derecho, como derecho sobre el derecho, en forma de vínculos y limites jurídicos a la producción jurídica"[12].

Portanto, não somente o ser constitucional, mas também o dever-ser constitucional condiciona todo o ordenamento infraconstitucional.

Não estamos, aqui, nos esquecendo das condições materiais que devem respaldar a pretensão constitucional. É claro que o exercício da norma constitucional sem suporte fático também poderia levar à perda da força normativa da Constituição. No entanto, uma vez disposto o Direito, ainda que aparentemente inatingível por ausência de suporte fático, retirar do seu titular - o povo - o Direito a uma prestação positiva, pela busca de qualquer arena possível (inclusive o Judiciário), significa a supressão do Direito em si. Se não for encarada como norma, a Constituição somente poderá ser tida como panfleto, o que redunda no pior dos mundos, já que se estaria diante da institucionalização, especialmente em sede de Direito sociais, do populismo. No caso específico dos Direito sociais, a força normativa da Constituição redunda, face a tantas emendas constitucionais supressivas destes, na consolidação de um sistema de resistência. Resistência esta que reside em especial no próprio fato de não ter havido total supressão de um sistema constitucional de proteção social. Resistência que significa a preservação, a despeito de tudo (e talvez por revelar a verdadeira força normativa destas disposições), de dispositivos como o art. 7o. da Constituição Federal ou da preservação do princípio da solidariedade como informador de um sistema de segurança social. Resistência esta que deve implicar a possibilidade de sua utilização em todos os foros imagináveis (inclusive no Judiciário).

Há, portanto, que se buscar a consolidação da força normativa da Constituição, observada sempre esta combinação comum em todas as normas e mais contundente na norma constitucional: norma/fato social/valores. No caso da Constituição, acima de tudo norma a serviço da unidade político/social, há que se ressaltar que:

"Os ensaios apenas descritivos e apologéticos do passado se mostram insuficientes. Hoje e para o futuro é necessário um processo analítico (como em toda direção da teoria constitucional pertencente à Teoria Estruturante do Direito), que simultaneamente se relacione normativamente e político-juridicamente a um posicionamento preciso. (...) Aqui, em contraparti-

da, bem como na Teoria Estruturante da Constituição, a normatividade, a positividade da Constituição, está sendo defendida de modo que os seus princípios, os seus conteúdos sociais reais e as condições lingüísticas da sua concretização sejam profundamente examinados e designados de forma mais clara. (...) De acordo com sua Carta Magna de 1988 é o que o Brasil deveria ser, mas não é ainda por causa de estruturas sociais e políticas ainda, em parte, arcaicas. Para que o país possa se tornar finalmente um Estado Constitucional no sentido pleno, a jurisprudência brasileira necessita também de uma adequada, racional e progressista Teoria Republicana do Estado Democrático de Direito".[13]

Assim, refutamos aqueles que entendem que, em uma Constituição dirigente como a brasileira, nem todos os dispositivos são dotados de normatividade. Há, como se verá a seguir, um elemento normativo mesmo em disposições supostamente programáticas (adotando uma expressão que já vem sendo considerada por muitos superada).

Aqui, entendemos válidas as seguintes lições:

"Por conta disso, o primeiro passo no processo de concretização normativa é, justamente, a definição do programa da norma, revelado através da interpretação do texto da norma. Após a definição do programa da norma é que a atividade de concretização pode se dedicar à definição do âmbito da norma. Este deve ser identificado 1) empiricamente, nele se situando os 'fatos relevantes para a questão de Direito compatíveis com o programa da norma elaborado', mas também 2) teoricamente, já que o âmbito da norma compreende também elementos dogmáticos, de técnica de solução, de política e de teoria constitucional. É este último elemento que ora importa ressaltar. Na metódica estruturante, ele possui, tal qual os fatos sociais compreendidos no âmbito normativo, a natureza essencial de tópicos a serem utilizados no processo de concretização conforme o seu potencial persuasivo. Não é, portanto, um elemento vinculante, mas sim um dos elementos que podem contribuir, conforme o caso, no processo de fundamentação da decisão"[14] (idem, p. 47).

No que diz respeito à inserção da disposição constitucional no plano das normas, há, ainda, que se buscar algumas alternativas que viabilizam a conclusão.

Primeiro, trata-se de promover a inclusão da Constituição na teoria dos sistemas (em especial a partir da leitura de LUHMAN). Por esta, sintenticamente, o Direito constitui um sistema diferente dos demais (como a Economia ou a Sociologia, por exemplo). Aqui existiriam duas possibilidades: a) a admissão do Direito como um sistema fechado, que não possui qualquer relação com os outros, bastando-se em si mesmo para ter significado (autopoiese), b) a admissão do Direito como um sistema aberto, que intercambia e tem intensa relação com os demais ramos do conhecimento humano (heteropoiese).

Parece-nos claro que, para o Direito em geral, a solução se encontra na sua admissão como um sistema aberto. No entanto, há que se tomar bastante cuidado para que, a despeito de se possibilitar a relação com os demais ramos do conhecimento, a metodologia e soluções apresentadas por estes não tomem conta do Direito, inviabilizando a sua missão de segurança jurídica - no sentido já apontado. Expliquemos: há certas soluções da Economia que são muito consideradas quando se buscam alternativas para o Direito do Trabalho. No entanto, quando se busca a solução apenas na Economia e se adota esta na norma jurídica, pode-se atentar contra postulados jurídicos, como os de proteção de Direitos humanos. Isto é muito comum ocorrer quando se discute a flexibilização

do Direito do Trabalho. Para uma suposta criação de postos de trabalho, retiram-se Direitos dos trabalhadores, que podem, em dadas circunstâncias, representar direitos fundamentais destes. O mesmo se dá com a Previdência Social, onde a Economia, ao nortear os rumos das normas jurídicas, inviabiliza, em diversas hipóteses, a efetiva proteção social do texto constitucional concernente à matéria. O que se percebe, portanto, é que, a despeito do sistema jurídico ser um sistema aberto, há um instante em que ele deve se fechar, para evitar que a solução econômica, ou de outra natureza, sacrifique o núcleo dos direitos (em especial os fundamentais).

Ora, se a teoria de LUHMAN é aplicável ao Direito em geral, certamente que, para consolidação de uma teoria da norma constitucional, não pode ser relegada a um segundo plano.

Não se pode, no entanto, deixar que os elementos da realidade tomem conta por completo do processo de concepção e mesmo de interpretação da norma constitucional, sob pena de o aspecto normativo ser desprezado. Em contrapartida, para que a Constituição tenha força normativa, não basta uma interpretação meramente literal. Na realidade, já dizia KONRAD HESSE, a força normativa da Constituição decorre da confluência dos dois fatores (realidade/norma) que a informam. Portanto, para que a Constituição não seja tomada por circunstâncias fáticas efêmeras que, embora aparentem importância momentânea, não são importantes sob a perspectiva, em especial, da consolidação dos Direitos fundamentais do homem, há que se buscar sempre fechar o sistema normativo constitucional no momento certo. Caso contrário, como já se disse alhures, em casos de estado de necessidade, a Constituição sempre será tida como mais frágil, o que se lhe retira a força normativa. Aliás, aqui nunca é demais lembrar KONRAD HESSE, segundo o qual:

"Não é, portanto, em tempos tranqüilos e felizes que a Constituição normativa vê-se submetida à sua prova de força. Em verdade, esta prova dá-se nas situações de emergência, nos tempos de necessidade. Em determinada medida, reside aqui a relativa verdade da conhecida tese de Carl Schmitt segundo a qual o estado de necessidade configura ponto essencial para a caracterização da força normativa da Constituição. Importante, todavia, não é verificar, exatamente durante o estado de necessidade, a superioridade dos fatos sobre o significado secundário do elemento normativo, mas, sim, constatar, nesse momento, a superioridade da norma sobre as circunstâncias fáticas (...) A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em cada eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca".[15]

Se para o Direito em geral - para persistir enquanto ciência normativa distinta de outras ciências - é importante saber o momento em que se deve "fechar" o sistema, para não se invalidado por lógicas de outros sistemas, igual importância esta constatação tem para o Direito Constitucional. Não há como se possibilitar que a norma constitucional perca a sua força diante de interpretações momentâneas determinadas, por exemplo, pela Economia ou mesmo que, a cada tremor do mercado financeiro, seja editada uma nova Emenda Constitucional. A desfiguração da Constituição acarreta a sua perda de força normativa - sendo que hoje, em termos de direito sociais, há um verdadeiro Direito Constitucional de resistência, ditado pelas disposições originais da Constituição de 1988, em que se busca o bem-estar social.

Finalizando esta parte do estudo, diríamos que, contendo as normas constitucionais todos os requisitos das normas

em geral, não há como se afastá-la desta categoria.

Assim, as características de generalidade e abstração são marcas essenciais de qualquer Constituição, mesmo porque é a partir dela que emerge todo o sistema de proteção das igualdades.

O seu conteúdo inovador é indiscutível, já que é elemento em que se funda toda ordem jurídica.

Por fim, e talvez o mais contestável de seus elementos, em especial no que diz respeito aos Direito sociais, o comando impositivo de condutas nos parece evidente. Diga-se de passagem que a força impositiva da Constituição deflui mesmo da necessidade de que se a reconheça como promotora da unidade político-social do Estado. Caso contrário, não resultando de manifestação de força do Estado - força legitimamente concebida -, haveria enfraquecimento do compromisso firmado pela sociedade quando entrega ao poder constituinte originário a missão de confeccioná-la. No entanto, para não deixar quaisquer dúvidas quanto a este último elemento, façamos algumas digressões a respeito de sua presença quando discorremos a respeito das normas constitucionais de direito sociais.

4. As Normas Constitucionais e Infraconstitucionais de Direito Sociais - Uma Análise a Partir da Teoria da Norma

4.1. Um Conceito De Direitos Sociais

A expressão direito social, para designar um ramo do Direito, foi, no nosso país muito utilizada por Cesarino Júnior. Para este renomado autor, os Direitos sociais - em especial o Direito do trabalho e previdenciário - estariam ligados à proteção do hipossuficiente. No entanto, a hipossuficiência, para Cesarino, se confundiria apenas com um estado de sujeição econômica. A respeito confira-se o seguinte trecho:

"A expressão Direito Social, assim como Legislação Social, incidem na arguição de que todo Direito é naturalmente social, por isso que não pode haver Direito senão em sociedade: Ubi societas, ibi jus. A ela respondem os seus partidários, observando que a expressão 'social', na denominação da nossa disciplina, visa opô-la ao Direito individualista, oriundo da Revolução Francesa, significando a predominância do interesse coletivo sobre o individual. Pensamos que têm razão, embora 'todo Direito' hoje se socialize, ou melhor, se penetre de um sentido social, como tão bem têm demonstrado, entre outros, os professores LE FUR, JOSSERAND e RADBRUCH. É que apesar do sentido social, da 'humanização do Direito', ser comum a todos os seus ramos, esse sentido social se acentuou sobremodo, diríamos até, se concentrou neste ramo do conhecimento jurídico a que uns chamam Legislação e outros, melhormente, Direito Social (...).

Ademais, visando este ramo do Direito, como veremos logo mais, ao abordarmos seu conceito, restabelecer o equilíbrio 'social', muito lógico nos parece que se lhe dê exatamente êste qualificativo de 'Social', uma vez que todo equívoco desaparece, dado o sentido especial que a palavra tem atualmente.

Com razão diz FANTINI: 'Tôda a legislação do Estado pode dizer-se social. Mas impròpriamente dizendo legislação social se entendeu dizer e se continua a entender aquela particular legislação que se refere aos trabalhadores e às classes mais necessitadas'.

ARCÁ define a Legislação Social: ' o conjunto de normas emanadas do Estado, disciplinando as relações que intercedem entre as classes capitalistas e as classes trabalhadoras', acrescentando: 'Social se diz essa legislação, seja porque se refere

a relações entre classes ou entre indivíduos de classe diversa, seja porque não tem atitudes, caracteres, e fins jurídicos, mas sim de tutela e proteção, de disciplinamento de situações de fato e de relações sociais extrajudiciais, as quais superam e em parte contradizem a premissa da absoluta igualdade de Direito, que é imprescindível à compreensão das relações judiciais de Direito privado e a noção de súdito, que também é imprescindível à compreensão das relações que prendem o indivíduo de qualquer classe ao Estado".[16]

Por outro lado, na interessante obra de GEORGE GURVITCH percebe-se, quando do delineamento da concepção de direito social, a presença constante da idéia de relação de subordinação (em oposição à coordenação, típica dos direitos individuais) e da defesa dos interesses por entidades associativas[17].

No entanto, cremos que, em especial com o advento da Constituição Federal de 1988, a hipossuficiência econômica destacada não bastaria como elemento diferencial dos direito sociais. Aliás, sequer a redução do conceito a ramos como o Direito do Trabalho e da Seguridade Social seria suficiente. Atualmente, a abrangência subjetiva e objetiva dos direito sociais é extremamente maior. Assim, estes não se caracterizariam, no nosso entender, como uma categoria distinta dos direitos público e privado, mas permeariam ambos nos instantes em que ocorressem traços comuns distintivos e que necessitassem de ser tratados sob a perspectiva da proteção social maximizada. Expliquemos: pode haver direito social tanto em áreas tradicionalmente afetas ao direito privado (exemplo clássico seria o Direito do Trabalho, mas teríamos também a sua incidência sobre certas relações de consumo ou aquelas estabelecidas por pequenos contratantes do sistema financeiro de habitação) ou também ao Direito público (como exemplo tradicional tem-se o Direito Previdenciário, mas também seria possível a sua constatação no Direito Sanitário ou no Direito Tributário).

Portanto, os princípios e postulados dos direito sociais podem nortear tanto relações de direito privado, quanto de direito público, havendo apenas que se dimensionar, no âmbito destes, quando aquele se encontre presente.

A presença seria indicada, acreditamos, pela existência de uma situação de hipossuficiência (estado jurídico), que não seria necessariamente econômica. Não há necessidade, portanto, de uma relação de hipossuficiência (relação jurídica) que protraia no tempo, bastado uma situação ou estado de sujeição decorrente de uma inferioridade, ainda que momentânea, que reduz a condição humana. Trata-se de uma sujeição que diminui toda e qualquer condição referente ao estado de humanidade. É claro que em um país pobre como Brasil, no mais das vezes, esta sujeição acaba defluindo de uma sujeição econômica, embora isto não seja indispensável.

Tomemos como exemplo uma situação em que alguém, embora não sendo pobre, não tenha recursos suficientes para cobrir o tratamento de saúde que salvaria a sua vida. Esta pessoa se encontra em "status" de sujeição, ainda que momentânea, que inviabiliza a sua concretização como ser humano. Portanto, aqui, para que possa se concretizar enquanto ser humano, fará "jus" à proteção social ligada ao Direito sanitário (concessão de remédios, pagamento pelo poder público de tratamento - se este não existir na rede pública -, etc.).

Da mesma forma, em uma relação de consumo, a pessoa pode não ser pobre, mas a complexidade empresarial moderna sugere a proteção, com técnicas as mais diversas de proteção social (ex.: inversão do ônus da prova nos casos admitidos pelo ordenamento jurídico).

Outra peculiariedade que merece ser destacada é a amplitude das hipóteses de Direito sociais previstas constitucionalmente. O art. 6o. da Constituição Federal é extremamente abrangente, dizendo ser Direito social tanto o Direito à moradia, quanto o Direito ao lazer, passando pelo Direito ao trabalho e de previdência social. Aqui na verdade, entendemos que apenas se encontram enumerados, para fins de programa, aqueles que são Direito inicialmente indispensáveis para a concretização da condição humana na sociedade. No entanto, certamente podem ser dimensionados, também, sob a perspectiva de que hipossufiências de *status* a eles relacionadas devem imediatamente merecer do Legislador (e mesmo dos membros dos demais Poderes) atenção redobrada.

4.2. Especificidades das Normas de Direito Sociais

A norma de Direito social, a despeito de se inserir no contexto normativo a partir de todos os elementos comuns às normas em geral, apresentam algumas especificidades que merecem ser destacadas.

Assim, são normas que, devido à necessidade maior de adequação a condições sociais em geral mais cambiantes, se encontram dotadas de um maior grau de volatilidade. Quem é capaz de esconder o fato de que a modificação das condições estabelecidas em uma negociação coletiva do trabalho é uma constante que decorre da própria variação das situações em que se envolvem os seus sujeitos. A volatilidade das normas em geral, e mais especificamente daquelas de Direito sociais, decorre de um fenômeno claramente percebido no meio social. A durabilidade de certas relações entre os homens e a sua consistência parece não ter a mesma dimensão de outrora. Assim, se antes havia uma mais significativa ocorrência de relações duradouras, sugerindo normas que perdurassem no tempo, hoje talvez não seja mais assim. A sociedade em que "tudo que é sólido se desmancha no ar" demanda normas para as suas relações mais inconstantes e menos persistentes. Daí a necessidade de uma análise da norma a partir desta perspectiva.

Esta volatilidade reflete-se também na variação da posição dos sujeitos nas diversas relações em que se envolvem. Assim, se em dada situação alguém se encontra em superioridade em relação ao outro, esta mesma pessoa, em relação distinta, pode estar em posição de inferioridade. O patrão subjuga o trabalhador, mas é subjugado como consumidor em uma outra relação distinta. Esta variabilidade das sujeições e a mutabilidade da situação de mando também fazem com que a norma de Direito social seja essencialmente volátil.

Além deste elemento, há que se destacar a relativização da generalidade da norma de Direito social. Não são todos que se encontram em igual estado de sujeição (nem todos são empregados, nem todos são consumidores de um determinado produto e assim por diante). Logo, a norma de Direito social, embora em princípio seja genérica e abstrata, pode, em dados casos, sofrer mitigação, atendendo apenas a determinados grupos. Como forma de promover a igualdade, a atenuação da abstração e da generalidade decorre da necessidade, em situações específicas, de apenas se contemplar determinadas categorias de pessoas como forma de se buscar, desigualando-as, igualá-las com os demais membros da sociedade. Por exemplo, normas que estabelecem condições de trabalho apenas para determinada categoria profissional. Ela se volta apenas para aquele grupo, sendo dotada de menor generalidade. Ao se buscar o estabelecimento de condições específicas para aquele grupo, de forma específica, tenta-se promover, com

a mitigação do rigor da generalidade, uma maior igualdade. E igualdade nada mais é do que o verdadeiro substrato da segurança jurídica – algo almejado pela própria generalidade.

Da mesma forma, o grau de inovação das normas de Direito social é patente. No entanto, o pluralismo jurídico, recorrente quando se trata de normas de Direito sociais, possibilita uma indagação: o quanto se pode efetivamente inovar em matéria de Direito social?

Temos defendido que o verdadeiro pluralismo jurídico prescinde de que as fontes de Direito sejam emanadas de centros de poder cuja legitimação provenha necessariamente da autorização estatal. Desde que a legitimação seja possível no contexto dinâmico do ordenamento jurídico como um todo, não há como se invalidar a norma produzida por dado grupo. Logo, esta somente não pode advir de qualquer situação contrária ao Direito (ex: legitimação pela força bruta de comandos do tráfico de entorpecentes). Destarte, é, inclusive, mais fácil defender a teoria da prevalência, em qualquer ramo ligado ao Direito social, da norma mais favorável. Mas, no mesmo contexto, por exemplo, jamais seria possível convalidar a norma mais favorável do comando do tráfico (já que não há qualquer favorecimento que possa suprir a coação física e moral exercida para a permanência no poder desta liderança).

Estas hipóteses estão a revelar que, se a produção normativa remete e surge, ainda que apenas em parte como visto, da permissão estatal e da sua possibilidade de atuação enquanto Poder, teríamos a necessidade constante da renovação da norma. Essa renovação é obtida pela diversificação das fontes do Direito, por meio da idéia do já mencionado pluralismo jurídico muito advogada por vários autores (SANTI ROMANO por exemplo). Neste contexto, obviamente, que há que se entender a possibilidade de outras formas de dicção do Direito de forma definitiva. A dificuldade estaria, em alguns momentos, em situá-las como fontes do Direito. Muitos dizem que atuações como a da jurisprudência, por exemplo, não seria capaz de fazer originar o Direito. Embora essa questão possa ser um pouco debatida, ela esconde um fundo de verdade. A realidade é que dentro de um sistema em que se busca a unidade política, a atuação jurisdicional tem limites certos dentro do próprio sistema, não sendo possível ao juiz a total reinvenção do Direito, uma reinvenção completamente inédita e inauguradora do sistema. O que é possível, isto sim, e isso nos preocupa, em relação aos Direito sociais, é a idéia de que a atuação jurisdicional é reveladora dos desejos, de todas as finalidades, de todos os princípios e de todos os desígnios do sistema. Dentro deste contexto, poderíamos verificar que a atuação jurisdicional, embora não sendo totalmente originadora do Direito, é extremamente relevante, por meio da interpretação *in concreto*, como "reinvenção" diária do Direito. Essa "reinvenção" não implica, obviamente, um ineditismo, mas a adequação segundo os princípios constitucionais e, no plano dos Direito humanos, até mesmo de postulados supranacionais do Direito. Aqui estamos, obviamente, diante de terreno extremamente fértil à investigação, pois nos remete à questão dos princípios constitucionais e da elaboração de um sistema normativo, em especial um sistema normativo voltado para os Direitos sociais.

Por outro lado, há um problema criado pela idéia da existência de normas que seriam meramente programáticas - apenas para usar terminologia já consagrada por vários autores, embora venha sendo muito contestada atualmente.

Em síntese, esta modalidade de norma seria aquela que enunciaria um programa, dirigindo-se ao legislador para a sua

implementação - já que trata de política pública, que deve ser disposta na legislação e, depois, implementada pelo executivo, observados critérios de oportunidade e conveniência. De imediato, já é possível perceber-se que estas normas geram, com certeza e sem qualquer contestação pelos autores, Direito subjetivos negativos - isto é, não seria possível quer ao Legislativo, quer ao executivo, ao executar programas previstos constitucionalmente, atuar de forma contrária aos postulados ali dispostos. A razão disto é relativamente simples: ao estabelecer, ainda que de forma genérica os seus propósitos, há uma vinculação dos diversos agentes políticos com os fins que a própria Constituição impôs e que vem retratado nos programas nela eleitos.

No entanto, tendo como destinatário o legislador, alguns entendem que estas não geram Direito subjetivos - o que refutamos, como se verá a seguir.

Deve-se entender, primeiro, que a idéia de norma programática vem muito difundida e associada à noção de Constituições dirigentes - consideradas aqui a partir de um conceito original do dirigismo socialista. Em sua proposta tendente a um modelo socializante, os programas sociais já viriam insculpidos constitucionalmente - que seria uma Constituição que abre espaço para um futuro regime socialista (onde planificação e planejamento social detalhado são constantes ideológicas).[18] Uma segunda concepção seria a mera colocação em sede constitucional de normas programáticas e planificadoras, dirigidas ao Estado e a todos da sociedade, para a realização de uma nova ordem, ainda que não tendente à formação de um estado socialista.

Portanto, nestas Constituições - e muitos têm a Constituição brasileira de 1988 neste contexto[19], embora partindo do último entendimento de Constituição dirigente -, é comum colocar que tal Direito social será regulamentado, observados os termos da lei. Isto é do estabelecimento de programas sociais, que ficam postergados para a futura atuação do legislador infraconstitucional.

Aqui aparecem as normas constitucionais acompanhadas da expressão "nos termos da lei". Qual o conteúdo normativo destas disposições? Isto é, podem ser tidas efetivamente como normas tais dispositivos constitucionais?

Por exemplo, o art. 201, ao prever as diversas coberturas da previdência social brasileira, diz que elas serão reguladas na forma da lei.

Como, por exemplo, evitar que uma lei venha e diminua o desejo constitucional de proteção à maternidade (inciso II) ou aos dependentes, por meio das pensões (inciso V)?

Assim, v.g., uma lei que admitisse o salário-maternidade para todas as mães, com exclusão daquelas que cujos filhos são concebidos fora do casamento, poderia ser tida como efetivadora do desejo constitucional de proteção à maternidade? Obviamente que não, já que a lei teria introduzido clara diminuição ao conceito de maternidade (afinal, há menos maternidade no caso da mãe que tem um filho fora do casamento?).

Da mesma forma, a Constituição prevê que o benefício previdenciário deverá preservar o seu valor real, na forma da lei (art. 201, par. 4o.). Ora, se a lei não viabiliza a preservação do valor real, poderá ser tida como implementadora do desejo constitucional? Se restar demonstrado que esta lei claramente inviabiliza a preservação do valor de compra do benefício, não há como ser respaldada.[20]

Assim, esta lei representaria um redutor na eficácia do dispositivo da Constituição, conspirando contra a sua força normativa.[21]

Se isto se dá com uma norma que diminui os efeitos da Constituição, pior

ainda serão a situações em que a ausência de norma pudesse reduzir a sua eficácia a zero - quando o famoso "nos termos da lei" nunca foi implementado ou ficar a esperar a atuação do legislador infraconstitucional por anos e anos. Aqui, a eficácia zero conduz a total ausência da força normativa do comando constitucional - que passa a ser mero aconselhamento ou orientação, jamais implementados. Nestes casos, há que se observar o seguinte: todos os agentes do Direito, uma vez decorrido algum lapso sem que o programa constitucional tenha sido implementado, devem se orientar para extrair da disposição constitucional toda a sua força. Assim, advogados devem peticionar, a sociedade deve se mobilizar por intermédio de suas entidades associativas, o Ministério Público deve exigir e o Judiciário deve comandar segundo a intenção constitucional.

Poder-se-ia objetar dizendo que somente o controle de constitucionalidade por omissão seria utilizável no caso presente. No entanto, como os instrumentais tendentes a este controle também tiveram a sua força normativa bastante (senão quase totalmente) subtraída, não há como se inviabilizar que a disposição constitucional tenha a sua eficácia extraída da interpretação diária dada por todos que operam em todas as instâncias do Direito. Assim, o ideal seria a implementação da política desejada de forma ordenada pela legislação e pela Administração Pública. Não há que se esperar eternamente que um comando constitucional seja implementado, contando apenas com a vontade política. Aqui, dissentimos dos que entendem que o recurso ao Judiciário retira o elemento político que deve nortear a questão das políticas públicas. Primeiro, não entendemos que estamos - ainda que a questão seja apreciada em ação coletiva - diante de um política pública. Segundo, o Judiciário apenas fará a interpretação da Constituição segundo os valores que a norteiam e que devem ser considerados para fins de assegurar a força normativa da Constituição. Isto tudo não invalida o plano de ação política, nem politiza de forma espúria a atuação do Judiciário.[22]

Entendemos que, na verdade, a se considerar a existência de normas programáticas, elas devem ser revestidas, uma vez não cumprido os programas nelas inscritos, da possibilidade de investir o titular de um Direito subjetivo à sua prestação. O primeiro destinatário da norma programática, assim, seria o Legislador. O outro seria o próprio cidadão, a quem se deve viabilizar todas as formas possíveis de sua implementação - quer no plano político, quer no plano jurídico. Aliás, toda a norma que encerra um Direito de natureza social tem como principal destinatário o próprio cidadão.[23]

A dificuldade de se encontrar a natureza normativa destas disposições reside no fato de que não há, no contexto das normas em geral, como se possibilitar que outras lhe preencham o conteúdo. Uma norma, *a priori*, não condiciona a sua existência à ocorrência de outra.

Daí a originalidade, na teoria das normas, daquelas conhecidas como programáticas: uma norma, de natureza constitucional, que depende de outra. Posterga-se, ainda, o verdadeiro efeito da norma a outras constantes que não apenas normativas (políticas ou econômicas, por exemplo, já que o programa estabelecido constitucionalmente passa por opções destas naturezas).

É claro que a força normativa deste tipo de enunciado, se não tiver qualquer sanção correlata, é praticamente inexistente. Daí as sugestões anteriores, para lhes garantir a eficácia e, mesmo, validade das normas em geral.

A força normativa da Constituição, portanto, passa essencialmente pela solu-

ção que se dará a esta questão da norma constitucional que depende de outra norma regulamentadora. No nosso sentir, há que se buscar o máximo de efetividade a estas normas, evitando que fiquem esvaziadas. Daí todas as nossas ilações anteriores.

É claro que sempre poderá se objetar com o fato de que a regulamentação de um Direito social depende da força política em jogo. Em um país pobre como o nosso, em que a força política dos que têm menos é quase inexistente, negar validade às normas de Direito sociais pode redundar no esvaziamento de um projeto social posto originariamente na Constituição de 1988. É claro que não se retira a possibilidade "luta nas diversas arenas políticas" pelas conquistas sociais. Mas não há como se esconder que a Constituição, em sua parte de Direito sociais, é uma conquista e que deve ser viabilizada também naquela que é uma de suas grandes arenas: o Judiciário.

Aqui entra outro elemento relevante, quando se busca a análise da norma constitucional, em especial a de Direito social: o papel da sua interpretação.

4.3. A Interpretação das Normas Constitucionais - Em Especial das Normas de Direito Sociais

Certamente que, quando se fala da norma, não há que se olvidar a análise da sua interpretação. No caso específico das normas constitucionais de Direito sociais, indispensável uma análise da interpretação evolutiva.

Como já prelecionava Miguel Reale:

"Se é certo que as estruturas lógicas da Dogmática Jurídica tradicional não correspondem mais às transformações operadas na sociedade atual, nem às exigências morais e técnicas do Estado do bem-estar social ou da Justiça social, - expressões com as quais se reclama um Estado de Direito concebido em função de uma comunidade humana plural e, ao mesmo tempo, solidária - também é verdade que, ao lado da salutar crise de ordem metodológica, põe-se outro problema não menos essencial: o da nova determinação do significado da Ciência do Direito para o destino do homem, o que só será possível com o fermento ou humus restaurador da Lebenswelt, da vida comum e espontânea a que se refere Husserl, em sua obra póstuma fundamental".[24]

Portanto, a dificuldade de se ter o Direito corriqueiramente renovado pelo ato legislativo, em vista até mesmo do intenso debate político envolvido, sugere a possibilidade de que o Direito seja reinventado no dia-a-dia a partir da sua aplicação e interpretação. É óbvio que a interpretação *in concreto* sugere a necessidade de que provenha a dicção do Direito de uma fonte reconhecida pelo Estado ou pela sociedade. Dentro deste contexto, há que existir uma leitura oficial do Direito, para que ele, reinventado diariamente pela sociedade, possa ser por esta incorporado de forma legítima. Assim, temos a possibilidade de produção de normas por meio da atuação estatal, como dito, especialmente pelo Legislativo, especialmente mas não tão-somente pelo Legislativo, na medida em que outros Poderes do Estado vêm dizendo normas, como por exemplo o Executivo, por meio das Medidas Provisórias. Obviamente que, descentralizada a fonte de edição da norma, o Estado permite a grupos, com representatividade e reconhecimento social, que também normatizem, como, v.g., na convenção coletiva do trabalho, ou mesmo na quase não usada, mas prevista no Código de Defesa do Consumidor, convenção coletiva de consumo. Até mesmo em situações individuais, quando há relação contratual, há normatização – sendo claro que este tem uma limitação maior diante de um contexto legislativo, posto anteriormente. No entanto, a autonomia privada individual sugere a possibilidade, ainda que aco-

modada a um contexto maior, da produção normativa.

Há, pois, que se buscar, pela interpretação, a real extensão de um conceito posto constitucionalmente. Os conceitos constitucionais seriam aqueles que estão na Constituição e que, por meio do ato interpretativo, emergem no sistema. Não se trata aqui de um realizar uma simples interpretação exegética. A missão é muito maior, na medida em que o conceito (termo) constitucional emerge não apenas da literalidade da expressão, mas de sua relação com as demais normas da Constituição e da análise do ser e do dever-ser constitucionais. O termo constitucional é obtido não apenas no que formalmente se encontra na Constituição, mas na sua manifestação na sociedade, na sua compreensão pelos tribunais, naquele que a própria Constituição planeja para a sociedade na qual se insere. Aqui, os princípios são elementos indispensáveis para a própria construção do conceito. Portanto, a nossa leitura sugere uma conjugação dos princípios que informam o termo constitucional. Ora, se existe um termo como previdência em matéria constitucional, ou mesmo saúde, é da Constituição que emergirão os conceitos de previdência e de saúde - de uma Constituição que vivifica no seu diálogo diuturno com a sociedade na qual se insere. Os conceitos, por sua vez, somente serão revelados na medida em que constatarmos quais os princípios fundantes da previdência ou de saúde em dado modelo de Estado. É óbvio que, dentro deste contexto, estamos buscando a unidade política por meio dos princípios e esta unidade política somente encontra conforto na própria Constituição Federal, que é o pacto maior, o pacto que deve ser preservado, o pacto sob qual convivemos. Sugerimos uma interpretação em que a descoberta do termo constitucional se faz por meio de um modelo de interpretação constitucional (com a localização de todos os elementos internos e externos à Constituição suficientes para lhe dar vida, com as restrições já feitas quando tratamos da teoria dos sistemas).

A interpretação constitucional é, como todos sabemos, uma interpretação de princípios. Sem sermos excessivamente kelsenianos, buscamos na própria estrutura normativa a possibilidade de solução dos problemas, sem esquecermos o diálogo com a realidade dos fatos, na medida em que unidade política significa releitura de uma constituição como a nossa de 1988 à luz do mundo atual ou, como sugerem alguns, à luz de um olhar futuro. Mesmo porque a Constituição, assim como qualquer norma, deve ser vista numa perspectiva do dever-ser e nunca do ser. Portanto, trata de relações ideais que se pretende que venham a existir. Estamos, pois, diante de uma sociedade posta constitucionalmente, que se busca no plano ideal.

Sugeriríamos, como exemplo do que foi mencionado acima a idéia da dignidade humana. A dignidade humana de 1988, certamente não é mais a dignidade humana de 2005, como não será a de 2015. Portanto, o conceito de dignidade humana do texto constitucional, postulado basilar da formação de um sistema de interpretação, deve ser sempre reavaliado. Trata-se, obviamente, de uma dignidade revista à luz de uma Constituição real e não meramente de uma Constituição formal. Este mesmo exemplo é extremamente valioso, na medida em que nos fornece ricas possibilidades. Vejamos. A idéia de que uma dignidade humana em 1988 é diferente daquela de 2004, não significando que nunca se tenha perseguido o ideal de dignidade humana conforme previsão constitucional. No entanto em 1988, enfrentávamos um rito de transição. Nós tínhamos saído de um país de ditadura e que tinha suas limitações naturais. Obviamente que aquelas limitações impingiam restrições reais à plena concretização do

conceito constitucional de dignidade humana, limitações que, com o tempo, vão sendo superadas pelo jogo democrático, fazendo com que esse termo, em 2005, já seja visto de forma completamente diferente. Este exemplo sugere a dificuldade que informa a constante busca do termo constitucional – dificuldade que se revela quando se pretende encontrar conceitos como o de previdência social, pensão por morte, valor real dos benefícios, enfim de diversos conceitos constitucionais ligados à segurança social.

Aqui, há necessidade que façamos uma segunda investigação a respeito dos componentes do sistema normativo. Já temos de pronto, a resposta de que as normas são um gênero no qual se inserem regras e princípios, portanto, não se deve ter como definitiva a idéia de que normas são apenas regras ou que apenas as regras são fundantes de um determinado sistema normativo.

O sistema normativo é composto da atuação também dos princípios. Portanto, estes são informadores do sistema – e não meramente integradores deste. Uma regra que destoa de um princípio, obviamente que não pode prevalecer, e aí estamos em contradição com aqueles que dizem que apenas os princípios positivados devem prevalecer sobre as regras. Na verdade, existe uma falsa contradição entre regras e princípios. O que funda, o que informa o sistema são os princípios. As regras, obviamente, se acomodam a uma metodologia própria indicada pelos princípios. No nosso caso, a Constituição, ao estabelecer qual seria nossa unidade política, sugere os princípios pactuados pra a formação deste caráter unitário. Se destacarmos os artigos 1º e 3º, do texto constitucional, percebemos que o nosso estado desejado é o Estado Democrático de Direito, que, dentre outros, é pautado pelo princípio da dignidade humana, pela idéia de erradicação de pobreza e pela diminuição das desigualdades. Todas essas formulações concebem o Estado desejado, sendo relevante a idéia de Democracia. Na verdade, no Estado Democrático de Direito, sobreleva a idéia de Democracia, na medida em que passávamos de uma ditadura para uma sociedade livre. Não poderíamos dizer, obviamente, que, embora já tenhamos um certo avanço na Democracia no plano político, esta tenha sido seguido com a mesma velocidade de uma Democracia no plano econômico e social. No entanto, nem por isso a Constituição deixa de ser um patamar a partir do qual nós devemos buscar os ideais ali expostos. Ora, não é porque muitos empregadores não pagam o décimo - terceiro salário, que não se vai estudar e deixar de implementar o Direito do Trabalho. Não é porque crimes são cometidos que o Direito Penal deixa de ter a sua importância repressiva e como forma de condução da sociedade. Aqui a mesma coisa: não é porque não temos ainda uma sociedade justa e igualitária, que abandonaremos a Constituição Federal. Na verdade, a Constituição, assim como as outras normas, devem ser entendidas no plano do dever-ser. No plano do dever-ser, a relação que se pretende, sob o ponto de vista trabalhista, é aquela em que o empregador pague todos os Direitos devidos ao trabalhador, porque a idéia é de uma sociedade justa, uma sociedade em que as pessoas cumpram suas obrigações, inclusive trabalhistas. No entanto, não é isso que ocorre e nem por isso o Direito deixa de ser um instrumento útil e necessário. A utilidade do Direito está na conformação da sociedade que se deseja que um dia seja alcançada. Esses são patamares a partir dos quais postulamos a idéia de interpretação: a interpretação no contexto de um sistema normativo que sugere o dever-ser, partindo-se da compreensão dos termos constitucionais empregados e que são revelado em especial a partir dos princípios.

Como há necessidade de uma última manifestação do Estado, essa última manifestação é obtida na interpretação *in concreto*, especialmente, do Judiciário. No entanto, não do Judiciário como Poder isolado, porque esta interpretação do Judiciário sugere uma interpretação anterior de todos que operam o Direito, especialmente dos advogados e da sociedade, que levam ao Estado a sua insatisfação com as formas de cumprimento do Direito e percebem as injustiças decorrentes do afastamento do Direito - o que somente é possível a partir da evolução do conhecimento por esta do fenômeno jurídico. Portanto a atuação e dicção final do Direito pela interpretação ou a sua "reinvenção" diária por meio de uma atuação oficial, que seria do Judiciário, não sugere a idéia de que o Juiz é um ser supremo, com a possibilidade constante de vivificar por si só o Direito. Indica, isto sim, a necessidade que todos os agentes e poderes sociais sejam comovidos, para que aquele Poder estatal venha a dizer o Direito dentro de um sistema constitucional que se pretende uno.

Os princípios, como foi dito, estabelecem um diálogo. Os princípios não se submetem, portanto, à regra do tudo ou nada. Mesmo que um princípio contrarie outro princípio no caso concreto, ainda assim este outro princípio que não foi sobrevivente, naquela situação específica, não será revogado do sistema, ali permanecendo. Diferentemente, a regra sugere a idéia do tudo ou nada, ou seja, existente uma regra, a outra deixa de existir, seja por incompatibilidade, seja por revogação expressa. Dentro deste contexto, os princípios estão em constante diálogo, especialmente um diálogo feito a partir do caso concreto, da situação concreta. Isso é muito importante, porque a situação concreta passa a ser reveladora dos princípios dentro do sistema, do seu posicionamento dentro do sistema, e mesmo das opções político-constitucionais que são realizadas. Neste contexto, tem-se que há uma dificuldade profunda em se estabelecer uma definitividade em torno de um conceito constitucional ou de uma idéia de unidade constitucional. Esta dificuldade é atenuada pelo exercício constante do cotejo dos princípios diante do caso concreto. Alguns, para facilitar o ato de interpretação *in concreto* (aplicação do Direito), elegem sobreprincípios. No nosso entender, dois deles se apresentam imediatamente do sistema constitucional: a dignidade humana e a liberdade. Usando ambos como paradigma, a aplicação do Direito se torna, no nosso entender, mais precisa.

No contexto anterior, temos que o diálogo dos princípios se estabelece cotidianamente, como dito, diante do caso concreto.

Aqui teríamos, portanto, a idéia de que há sobreprincípios: os da dignidade humana e da liberdade. O cotejo, portanto, na situação concreta, deve se fazer, ao nosso ver, sempre à luz da dignidade humana/liberdade. Este postulado, que é um postulado tido como referencial, deflui do próprio texto constitucional, conforme se depreende do art. 3º, em que fica clara a existência de um Estado Democrático de Direito fundado na dignidade humana. Sugerimos o seguinte exemplo: se tivéssemos um cotejo entre o princípio de liberdade de contratar e o princípio da não discriminação racial, como resolvê-lo? A pessoa teria livre possibilidade de contratar pessoas de qualquer raça, em detrimento, por exemplo, de princípios como o da não-discriminação? Esse seria um cotejo perfeitamente ocorrente no dia-a-dia. Como se percebe, o princípio da não-discriminação estaria, já de início, bem mais próximo da dignidade humana/liberdade (em sentido material) do que o princípio de autonomia de contratar. É obvio que em hipóteses concretas

teríamos a possibilidade de que o princípio da autonomia de contratar pudesse até estar próximo do binômio dignidade/liberdade. No entanto, como existem princípios como o da não-discriminação, e que estão naturalmente mais próximos da dignidade humana, há uma dificuldade de se encontrar hipóteses em que a liberdade de contratar pudesse fazer com que fosse possível a discriminação. O que deve ficar claro é que os princípios não se submetem à idéia "do tudo ou nada", inserindo-se na lógica de diálogo, o que faz com que as situações modifiquem, sejam cambiantes. No entanto, sempre devem ter como patamar a preservação do princípio da dignidade humana/liberdade.

É obvio que isto também parte de um pressuposto não somente da Constituição formal, mas da Constituição gerada do seu exercício no bojo da sociedade, buscada na conformação dos princípios com a realidade no sentido da unidade político-constitucional. A Constituição não é apenas pedaço de papel, travando um diálogo com a realidade, passa a ser indispensável sempre a atualização dos princípios informadores para que o conceito constitucional se revele. O que não é possível é que a segurança econômica (ou qualquer outra segurança externa) venha a influir no conceito constitucional, fazendo com que, num determinado momento, o conceito constitucional tenha uma conformação e, num outro, uma nova, diametralmente oposta. Na verdade, o que há é uma possibilidade de adequação segundo os desejos sociais, mas não uma subjugação da realidade constitucional à realidade circunstancial dos fatos, sob pena de esta Constituição ser servil às circunstâncias. Há um elemento duradouro que é necessário à própria construção da segurança jurídica ou da segurança jurídico-constitucional. Este é o grande embate que temos hoje em dia, por exemplo, até na construção dos conceitos constitucionais de previdência, de assistência e mesmo do que se entende por segurança social. Na verdade, a segurança social foi substituída, enquanto conceito jurídico, por segurança econômica (e segurança econômica é segurança circunstancial). Obviamente que a segurança social é muito maior do que uma contingencial segurança econômica. Não se quer dizer que não se construam seguranças sociais com inseguranças econômicas. No entanto, a segurança social não pode ser subserviente à segurança econômica que sequer, no nosso entender, possui o mesmo *status* constitucional da primeira, que é conceito jurídico-constitucional.

Aqui se revela igualmente indispensável que nos ocupemos, para dar verdadeira consistência à teoria da norma constitucional (aqui com especial cuidado para aquelas envolvendo Direito fundamentais sociais), que se busque a identificação do núcleo dos Direito constitucionais.

A descoberta do núcleo do Direito fundamental social é indispensável para a consolidação da teoria da norma constitucional. É claro que de novo estaremos no difícil campo de estabelecer a relação entre a norma e a realidade social, no sentido da busca da unidade do sistema político estatal. Não há como se emprestar ao núcleo de Direito fundamental social apenas uma interpretação exegética, sendo que é, na realidade dos fatos e na unidade do sistema constitucional, que se conseguirá detectar, por exemplo, o núcleo do Direito fundamental trabalhista ou mesmo do que sejam os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. A tarefa é árdua, mas para a consolidação dos efeitos normativos da Constituição, não pode jamais ser desprezada.[25] A teoria dos sistemas já mencionada anteriormente novamente poderá ser determinante na busca da noção dos núcleos dos Direito fundamentais sociais. A questão é

tormentosa e demandaria, por si só, uma nova investigação. Por ora, fica apenas a constatação...

5. Conclusão

Entendemos que não há como se fazer uma análise da norma constitucional senão a partir da teoria da norma em geral. No entanto, para se alcançar este desiderato, há que se observar a norma numa perspectiva mais ampla - como, por exemplo, da teoria tridimensional do Direito. Da mesma forma, o elemento da norma constitucional que, aparentemente, mais a torna diferente das demais normas do sistema é sua propensão à busca da unidade do sistema político-social. Inobstante, ainda aqui, é possível fazer uma leitura normativa das disposições constitucionais, mormente quando utilizada a teoria dos sistemas.

Na realidade, sequer a norma de Direito social deve ser tida a partir de uma perspectiva de não inserção na teoria geral das normas. A idéia de que ali se encontram enunciados programas, que merecem atenção apenas no plano político, deve, no nosso entender, ser rechaçada. Há que se possibilitar a busca de sua implementação também pela atuação do Judiciário.

A despeito de certas peculiariedades, em torno da questão, decorrente da própria conotação da norma constitucional, não há que se esconder a mais profunda necessidade de que seja restabelecida a força normativa da Constituição. Especialmente em matéria de Direito sociais, a resistência estabelecida pelos dispositivos concernentes à nossa atual ordem social demanda que nos entreguemos à missão de se evitar que a Constituição constitua mero panfleto populista, transformando-se em norma de efetiva proteção social. Caso contrário jamais o dever-ser constitucional, no sentido de uma sociedade mais justa e igualitária, se transformará em ser. Um dever-ser sem vocação para o ser, neste caso, faz da Constituição mero pedaço de papel.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador - contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. (2a. edição) Coimbra : Coimbra Editora, 2001.

CESARINO JR., A. F. *Direito social brasileiro.* Rio de Janeiro/São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1963.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. CORREIA, Érica Paula Barcha (coordenadores). *Direito previdenciário e constituição*. São Paulo: Ed. LTr, 2004.

DAHRENDORF, Ralf**.** *Sociedade e liberdade*. Trad. Vamireh Chacon. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofía del derecho*. 9a. ed. Barcelona: Casa Editorial Bosch S.A , 1974, p. 339.

FAGUNDES, Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.* São Paulo: Ed. Saraiva,1984.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías - la ley del más débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 4a. ed. Buenos Aires: Editorial Trota S.A, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988.* (8a. edição) São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.

GURVITCH, George. *L'idée du droit social.* Paris: Librairie du recueil sirey, 1932.

HESSE, konrad. *A força normativa da Constituição.* Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001.

PIOVESAN, Flávia (coordenadora). *In Direitos humanos, globalização econômica e integração regional - desafios do Direito constitucional internacional*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2002.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito.* 20a. edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

_____. *Teoria tridimensional do Direito: preliminares históricas e sistemáticas.* Saraiva: São Paulo, 1968.

SARLET, Ingo Wolfgang (coordenador). *Constituição, Direitos fundamentais e Direito privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.
SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. BERCOVICI, Gilberto. MORAES FILHO, José Filomeno de. LIMA, Martonio Mont'Alverne B. *Teoria da Constituição - estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional.* Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003.

NOTAS

[1] *Filosofía del derecho*. 9a. ed. Barcelona: Casa Editorial Bosch S.A, 1974, p. 339.
[2] *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.* São Paulo: Ed. Saraiva, 1984, p. 1 a 13.
[3] *Idem,* nota 1, p. 340.
[4] *Sociedade e liberdade*. Trad. Vamireh Chacon. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 255.
[5] A constituição dirigente e a crise da teoria da Constituição. *In* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. BERCOVICI, Gilberto. MORAES FILHO, José Filomeno de. LIMA, Martonio Mont'Alverne B. *Teoria da Constituição - estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional.* Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003, p. 93.
[6] *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001, p. 353.
[7] *Idem,* nota 5, p. 91.
[8] REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do Direito: preliminares históricas e sistemáticas*. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 24.
[9] *Idem,* p. 27 e 28.
[10] *Filosofia do Direito*. 20a. edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, p. 187 a 194.
[11] A respeito confira-se SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos fundamentais e Direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.
[12] *Derechos y garantías - la ley del más débil. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi*. 4a. ed.. Buenos Aires: Editorial Trota S.A, 2004, p. 19.
[13] MÜLLER, Friedrich. Apresentação da obra *Teoria da Constituição - estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional*, nota 5.
[14] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade. In Teoria da Constituição - Estudos sobre o lugar da política no Direito constitucional*, ob. cit., nota 5, p. 47
[15] *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, p. 25.
[16] CESARINO JR., A. F. *Direito social brasileiro.* Rio de Janeiro/São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1963, p. 30 e 31.
[17] A respeito confira-se a belíssima obra *L'idée du droit social*. Librairie du recueil sirey: Paris, 1932.
[18] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador - contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. (2a. edição) Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
[19] "Que a nossa Constituição de 1988 é Constituição dirigente, isso é inquestionável. O conjunto de diretrizes, programas e fins que enuncia, a serem pelo Estado e pela sociedade realizados, a ela confere o plano global normativo, do Estado e da sociedade. O seu art. 170 prospera, evidencialmente, no sentido de implantar uma nova ordem econômica" (GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. (8a. edição) São Paulo: Ed. Malheiros, 2003, p. 153).
[20] Aliás, perceba-se que a Constituição prevê a preservação do valor real a partir dos critérios indicados em lei e não em atos administrativos. Atualmente, o art. 41 da Lei de Benefícios, no seu *caput*, menciona que o reajustamento se dará com base em percentual definido em regulamento. Aqui, somente seria admissível a interpretação de que a Lei estabeleceu os critérios e apenas o percentual ficou por conta do ato administrativo, devendo o ato administrativo efetivamente preservar e demonstrar que preservou os parâmetros legais - o que, em geral, não vem ocorrendo.
[21] Para KONRAD HESSE a força normativa da constituição não decorre de uma mera equação momentânea de poder, possuindo, "ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado" (*A força normativa da Constituição*. Porto Alegre : Sérgio Fabris Editor, 1991, p.11). Havendo uma recíproca incidência da Constituição na

vida real e dos fatos da realidade no mundo da Constituição, a força normativa da Constituição consolida o meio termo, fazendo com que se evite o abandono da normatividade constitucional em nome do domínio das situações fáticas e também que se evite que a mera normativismo da Constituição se faça despido de qualquer relação com a realidade. Assim, em síntese "a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (individuelle beshaffenheit der Gegenwart). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, de a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem" (Idem, p. 19).

[22] Aliás, são comuns os exemplos, especialmente em matéria de Direito à saúde, de atuação do próprio Supremo Tribunal Federal conferindo, especialmente a partir da idéia de dignidade humana, Direitos a tratamentos de saúde ou a medicamentos.

[23] Colhe aqui fazer com coro com JOSÉ LUIS BOLZAN DE MORAIS no sentido de que a retirada desta qualidade em relação Direito sociais (isto é, geração de Direitos subjetivos), "aponta para uma fragilização eficacial destas normas de novo tipo, próprias do constitucionalismo contemporâneo, dizendo-as dependentes de uma ação legislativa posterior que lhes complete o sentido e permita, assim, a usufruição dos conteúdos nela expressos. Como, de regra, a legislação infraconstitucional não era adotada, via-se o cidadão frustrado em suas expectativas, servido tal atitude não apenas para impedir o acesso aos conteúdos constitucionais, mas, também, para fragilizar, na prática, o valor atribuído ao pacto constituinte do Estado. Mesmo que tratemos diversamente os vários conteúdos constitucionais, cremos que esses novos Direitos incorporam, para além de uma eficácia paralisante de atitudes com elas incompatíveis, verdadeira pretensão a ser satisfeita pela autoridade pública inconstitucionalizando a sua atitude omissiva, além de permitir que o interessado demanda a satisfação do conteúdo proposto/prometido em sede constitucional, sob pena de contribuir-se para o desgaste de legitimação suportado pelo constitucionalismo contemporâneo e ofender de morte a base estruturante do Estado Democrático de Direito" (Direitos humanos 'globais (universais)' de todos, em todos os lugares. *In Direitos humanos, globalização econômica e integração regional - desafios do Direito constitucional internacional*. PIOVESAN, Flávia (coordenadora). São Paulo : Ed. Max Limonad, 2002, p. 526).

[24] REALE, ob. cit., nota 08, p. 22 e 23.

[25] Aqui sugerimos a leitura do nosso artigo *Os Direito sociais enquanto Direitos fundamentais*, publicado na obra coletiva *Direito previdenciário e constituição*. São Paulo: Ed. LTr, 2004.