OS DIREITOS SOCIAIS ENQUANTO DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE SOCIAL RIGHTS WHILE FUNDAMENTAL RIGHTS INSIDE THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

José Carlos Moreira da Silva Filho*

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: Neste breve artigo procura-se situar os direitos sociais enquanto direitos fundamentais, dando-se especial atenção ao problema da sua efetividade e à polêmica de estarem ou não inseridos entre os limites materiais à reforma constitucional. Pretende-se, igualmente, a partir do desenvolvimento da noção de Estado Democrático de Direito, tomar posição em relação a tais temas.
Palavras-chave: Direitos Sociais. Direitos Fundamentais. Cláusulas Pétreas. Estado Democrático de Direito. Constituição.

Abstract: This essay tries to elucidate the social rights while fundamental rights, giving special attention to the effectiveness' problem and the polemic for to be or not added between the material limits inside the Constitutional reform. In addition from the evolution for the idea of Democratic State of Law, intends to define a position about these topics.
Key words: Social Rights. Fundamental Rights. Unchangeable Clauses. Democratic State of Law. Constitution.

1. Introdução

Ao tratar-se do tema dos direitos sociais, não há como escapar à análise de sua projeção no constitucionalismo contemporâneo. A relação entre a dinâmica social e econômica de elaboração e reivindicação de direitos foi acompanhada, desde o liberalismo, pela sua contrapartida jurídico-constitucional. A construção dos direitos sociais, no plano jurídico-filosófico, insere-se na tradição dos direitos humanos, no sentido de que são direitos inerentes à própria pessoa, isto é, revelam-se como condições que devem ser respeitadas em prol da valorização e dignificação da pessoa humana.

A idéia de direitos do homem, decorrente do pensamento jusnaturalista que informou a sistematização do Estado Moderno, contudo, nem sempre teve a sua força jurídica e a sua presença realçadas no texto constitucional, estando mais associada às declarações de direitos. Isto gerou um certo senso comum de que esses direitos faziam parte de um ideal assumido pelos países signatários, mas não eram eficazes do ponto de vista estritamente jurídico. Assim, sob influência do pensamento constitucional alemão, a expressão "direitos humanos" (*Menschenrechte*) é preterida pela expressão "direitos fundamentais" (*Grundrechte*), exatamente com o fito de realçar o aspecto jurídico destes direitos, procurando com isto garantir-lhes efetividade e destaque na seara jurídica, fazendo-se, portanto, referência aos direitos da pessoa inseridos nos textos constitucionais.

* Doutor em direito das relações sociais pela UFPR; Mestre em teoria e filosofia do direito pela UFSC; Professor do programa de pós-graduação em direito (mestrado), da especialização em direito privado e da graduação em direito da UNISINOS-RS

Contudo, se atualmente é consensual a noção de uma eficaz juridicidade dos direitos fundamentais, o mesmo não pode ser dito com relação a todos eles. Ainda persiste uma inadequada clivagem entre direitos individuais e direitos sociais, reservando-se a estes últimos, uma situação menos efetiva e mais retórica. O tratamento segmentado que se costuma dar aos direitos fundamentais desemboca, muitas vezes, no argumento de que parte deles, especialmente os relativos aos direitos sociais, não integraria o rol dos limites materiais à revisão constitucional.

Neste breve artigo, pretende-se adentrar nessas questões, inserindo, primeiramente, os direitos sociais em sua emergência histórica enquanto direitos fundamentais. Em seguida, enfrenta-se a questão da efetividade dos direitos sociais fundamentais, tradicionalmente tidos como programáticos, concluindo-se pela não procedência deste enfoque. Busca-se, igualmente, analisar alguns argumentos que sustentam não estarem os direitos sociais inseridos na blindagem constitucional para, finalmente, a partir do desenvolvimento da noção de Estado Democrático de Direito e a título de considerações finais, concluir pela insuficiência destes argumentos.

2. Os direitos sociais nas dimensões de direitos fundamentais

Percebe-se uma íntima conexão entre os tipos de Estado que se descortinaram a partir da fundação do Estado Moderno e as espécies de direitos que foram elaborados, reivindicados e consignados nas Constituições. É nesse sentido que se utiliza a tipologia das gerações de direitos, para indicar uma sucessão cronológica na maturação dos mesmos. Assim, é comum encontrar-se a menção aos direitos de primeira, segunda e terceira geração. INGO SARLET prefere utilizar o termo "dimensão" ao invés de "geração", pois este dá uma idéia de alternância, como se os direitos de segunda geração, por exemplo, excluíssem os da primeira, logo, o termo "dimensão" seria preferível por dar uma noção de cumulatividade, de sobreposição (SARLET, p.46-48, 1998)[1].

A **primeira dimensão de direitos**, remissível cronologicamente (em sua formulação teórica) ao século XIX, diz respeito aos direitos individuais negativos ou *direitos de defesa* do indivíduo perante a ação do Estado, funcionando para este como um dever de abstenção. Segundo a clássica formulação dessa dimensão de direitos, ao Estado não cabe intrometer-se na esfera privada do indivíduo, seja no que se refere ao âmbito das atividades econômicas seja no concernente à sua integridade física e liberdade de locomoção. Tais direitos, tradicionalmente também chamados de *direitos de liberdade*, foram uma resposta ao período de exceção protagonizado pelo Estado Absolutista e a pedra angular do pensamento liberal. A constitucionalização desses direitos foi a contrapartida da proeminência dos princípios inerentes ao direito privado moderno. Logo, para que tomasse corpo e volume, o princípio da autonomia da vontade atraía, no campo público, a noção de *Estado Mínimo*, sendo a instituição estatal vislumbrada sob o aspecto *negativo*, ou seja, a ela cabendo um *dever negativo*, de abstenção, expressando, pois, a desconfiança dos cidadãos em face do Estado.

Na segunda metade do século XIX, ao lado das liberdades individuais, formalizaram-se as chamadas liberdades políticas e sociais, concernentes à participação política (voto secreto, universal e periódico) e à expressão coletiva (direitos de associação e de reunião)[2].

Vê-se, portanto, que, mediante os direitos de expressão coletiva, principia um

interesse pela dimensão social e coletiva do homem, ainda que aqui se trate tão somente de um dever negativo do Estado.

A **segunda dimensão de direitos**, cujo contexto remonta à primeira metade do século XX, traz a lume os direitos sociais, que, em sua versão constitucionalizada, enunciam como principal característica uma situação de *dever positivo* do Estado, por isso são também chamados de *direitos prestacionais*, posto que correspondem a um dever de prestação por parte do Estado. Materialmente, tais direitos são relacionados ao trabalho, à educação, à saúde, cabendo ao Estado não apenas um dever de não se intrometer na vida privada dos cidadãos, mas também um dever de intervenção, fadado a garantir a fruição satisfatória desses direitos, procurando compensar as desigualdades sociais concretas que o processo econômico acaba acarretando. Um dos sentidos para o qualificativo "social" parte exatamente da noção de "justiça social"[3].

O caráter coletivo dos direitos sociais evidencia-se pelo fato de que as desigualdades que geram a sua premência se concretizam em diferenças coletivas, unindo certos grupos ou setores da sociedade diante de reivindicações que sintetizam a carência em comum sofrida pelos indivíduos que os compõem, distinguindo-os de outros estratos que não passam pelas mesmas vicissitudes. Tais grupos são identificados, basicamente, a partir do papel que ocupam na dinâmica econômica da sociedade, revelando, nesse contexto, uma situação de desigualdade[4]. É por esse motivo que os direitos trabalhistas, também em função de sua mobilização histórica, inauguram tal preocupação, que, com o passar das décadas, vai transcendendo a própria questão trabalhista para incluir grupos que se situam à margem do próprio trabalho, no entendimento geral de que o Estado deve propiciar a estes setores atendimento médico, seguro-desemprego, educação fundamental entre outros benefícios. Tal é o fundamento do Estado do Bem-Estar Social.

Há, portanto, um deslocamento de foco do indivíduo isolado para o indivíduo inserido em grupos que se distinguem no seio da sociedade. Nas palavras de RADBRUCH:

"É precisamente na medida em que este direito social se esforça por tornar bem evidente a diferenciação social dos indivíduos, atendendo à sua diversa situação de fraqueza ou de força e tornando possível a proteção de uns e a limitação do poder de outros, que, pode dizer-se, ele substitui ao pensamento liberal da igualdade o pensamento social da equiparação – à justiça comutativa a justiça distributiva – e coloca, enfim, no lugar do *governe-se cada um como puder* a assistência social organizada e especialmente a assistência do Estado" (RADBRUCH, p.256, 1979).

Os **direitos de terceira dimensão**, por sua vez, remissíveis, em sua formulação, ao final do século XX, são também chamados de *direitos de solidariedade*. Isso porque envolvem toda a sociedade. Aqui já não cabe o enfoque de que há uma desigualdade a ser superada, pois o problema atinge a todos indistintamente, com uma clara tendência de efeitos planetários. Tal é o que acontece, em especial com os chamados *interesses difusos*, geradores de um direito à sua proteção. São assim chamados por atingirem uma série indeterminada de indivíduos, não sendo passíveis de uma tutela parcial para cada um, como possibilitado pelos direitos sociais. O indivíduo é parte de um todo indissociável, sendo beneficiado enquanto cidadão, não como membro de um grupo ou como unidade atomizada. Nesse rol se inserem, principalmente, o direito a um meio-ambiente sadio

e equilibrado, o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural, o direito de autodeterminação dos povos, o direito de comunicação, os direitos contra a manipulação genética e os direitos do consumidor[5].

O reconhecimento constitucional dessas dimensões de direitos fundamentais foi paulatino na cultura jurídica ocidental, como já se frisou, podendo-se concluir, portanto, que os direitos fundamentais, desde seu aparecimento conceitual, estão sempre sendo reformulados e acrescidos de novos direitos, o que, inclusive, é assumido pelo próprio texto constitucional pátrio no art.5º, §2º, do qual se deduz o *princípio da abertura material do catálogo dos direitos fundamentais*[6].

No constitucionalismo brasileiro, como ressalta ANDERSON CAVALCANTE LOBATO (LOBATO, p.146-147, 1998), os direitos de primeira dimensão foram consignados na Constituição imperial, de 1824 (liberdades individuais) e na primeira Constituição republicana, de 1891 (liberdades políticas e de expressão social); já os direitos de segunda dimensão encontraram guarida nas Constituições de 1934 e de 1946. Quanto aos direitos de terceira dimensão, há uma certa indecisão e controvérsia na doutrina em reconhecê-los enquanto direitos fundamentais a partir do texto da Constituição de 1988. No art.5º, XXXII, há menção aos direitos do consumidor, contudo, o direito ao meio-ambiente sadio e equilibrado vem inserido no art.225, portanto fora do catálogo dos direitos e garantias fundamentais, que consta do Título II. O fato é que o atual texto constitucional, ao molde de outros países, não contempla de maneira inequívoca a amplitude dos direitos de terceira dimensão[7]. Os direitos de primeira e segunda dimensão, todavia, restam indubitavelmente consagrados como direitos fundamentais, figurando os capítulos respectivos no Título II da Carta Brasileira, denominado "Dos Direitos e Garantias Fundamentais".

3. A efetividade dos direitos fundamentais de segunda dimensão

Tratando das duas primeiras dimensões de direitos em sua mútua relação, nota-se que os grandes questionamentos quanto à noção de direito social, na ótica constitucional, em especial no tocante à sua efetividade, surgem a partir de uma costumeira contraposição entre estes e os direitos individuais, entendendo sob este rótulo aquela classe de direitos comuns à primeira dimensão, os clássicos *direitos de defesa*.

Sem dúvida alguma, existem diferenças entre as duas classes de direito, algumas das quais já ressaltadas acima. Tais diferenças vêm a lume principalmente quando se trata de inquirir sobre a efetividade das normas constitucionais que asseguram esses direitos. É visível que, em meio ao extenso rol de direitos fundamentais listados na Constituição Brasileira, encontram-se regras mais precisas, ainda que em alguns casos o constituinte remeta a completude da norma para a lei ordinária ou complementar, e encontram-se normas de caráter mais vago e indeterminado, mormente associadas a princípios, demandando outra ordem de efeitos na ordem jurídica.

A existência desta última espécie de normas nos textos constitucionais dos países de cultura ocidental levou à construção de categorias hoje bem conhecidas na doutrina constitucional brasileira. Assim, a partir da doutrina norte-americana das normas *self-executing* e *not self-executing*, de que deu notícia RUI BARBOSA ao pensamento jurídico brasileiro, originou-se a contraposição entre normas *auto-executáveis* e *não auto-executáveis*, ou *dependentes de regulamentação*. Mais conhecida é

a expressão *normas programáticas*, trazida da jurisprudência italiana por JOSÉ AFONSO DA SILVA, significando normas diretivas, isto é, que estabelecem programas a serem alcançados, mediante tarefas positivas, pelo Estado e pela sociedade[8]. Dessa forma, tais normas inseridas no texto constitucional seriam apenas *ideais* a conquistar, entendimento que diminui consideravelmente a sua importância jurídico-constitucional, praticamente anulando a sua eficácia[9].

Preocupado com o processo de inferiorização dessas normas, e conseqüentemente de parcela não desprezível dos direitos fundamentais, notadamente os direitos sociais, o constituinte elaborou, ainda que pecando na sistematização[10], dispositivo que determina a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Como adequar a aplicabilidade imediata enquanto característica comum das normas que definem os direitos e garantias fundamentais à distinção mencionada? Uma conclusão já pode ser facilmente produzida: a de que a designação *normas programáticas*, se por estas se entender normas desprovidas de eficácia, não se aplica aos direitos e garantias fundamentais. É por esse motivo, que, para designar as normas de direitos fundamentais que esbarram no já aludido caráter programático, INGO SARLET prefere a utilização da expressão *normas de cunho programático*, argumentando que as mesmas, embora não tenham o mesmo grau de eficácia que os direitos de defesa, não se encontram destituídas de efetividade[11].

Alguns obstáculos são insistentes nas colocações teóricas acerca da efetividade dos direitos sociais (entendidos, em sua maioria, como expressos em normas de cunho programático). Nesse contexto, avulta, pela sua realidade e presença, a tese da *reserva do possível*. Tal argumento escora-se nas limitações de ordem econômica enfrentadas pelo Estado para oferecer a todos os cidadãos as condições mínimas de existência social asseguradas pelos direitos fundamentais sociais, logo, tais direitos só poderiam ser atendidos na medida das possibilidades econômicas do Estado. Traz à baila, também, o raciocínio de que tais direitos merecem ser reivindicados dentro de uma esfera do *razoável*, não sendo aceitável, por exemplo, a reivindicação de assistência social feita por desempregado sustentado por família rica. Nesse aspecto, esclarece INGO SARLET, não é apenas a ausência de recursos econômicos que integra o óbice para a prestação social do Estado, mas também a capacidade jurídica de disposição do Estado sobre qual seja a melhor forma de aplicação dos recursos obtidos para se atingir a finalidade estatuída na lei (SARLET, p.260-261, 1998).

Outra colocação a respeito das dificuldades de efetivação das prestações correspondentes aos direitos sociais é a que concerne à qualidade jurídica das pretensões por eles despertadas. Ora, os direitos individuais (por serem claramente delimitáveis) geram para cada membro da sociedade um direito subjetivo, que, ao ser exercido contra o Estado, transforma-se em *direito subjetivo público*. Aqui se emprega o sentido tradicional de direito subjetivo, como sendo aquela pretensão individual cujo titular poderá exercer em relação ao seu destinatário (pretensão esta vinculada a um pretenso interesse que o direito protege), podendo garantir que este o respeite através do exercício do direito de ação judicial. Pergunta-se: os direitos sociais geram um direito subjetivo oponível ao Estado às prestações mencionadas em suas normas, podendo-se exigir judicialmente o seu cumprimento? Poucas indagações, na doutrina jurídico-constitucional,

propiciam tanta polêmica como esta. De qualquer sorte, destaca-se o entendimento majoritário de que as normas de cunho programático que definem os direitos sociais não produzem direitos subjetivos públicos que o cidadão possa exigir no Judiciário, até porque o magistrado, ao interferir na determinação de aplicação dos recursos públicos, com nítida implicância na política orçamentária, estaria exorbitando de sua esfera de competência e avançando no espaço reservado à função legislativa.

É de se mencionar um relevante argumento que mitiga a objeção acima relatada. A reserva do legislador não poderia ser invocada quando se tratasse de assegurar àquele que procura a prestação jurisdicional um padrão mínimo e indispensável para a sua própria sobrevivência física, conferindo ao indivíduo verdadeiro direito subjetivo à prestação em questão[12]. Tal entendimento ganha justificativa a partir do princípio da dignidade humana, inserido entre os princípios fundamentais da Constituição. Ora, partindo do mesmo princípio, como frisa INGO SARLET, deduz-se que tal eficácia deve alcançar não apenas os direitos que garantam a existência física, mas também a cultural, como seria o caso do direito à educação fundamental.

Em verdade, partindo do *princípio da ponderação de bens e valores*, sustentado por ROBERT ALEXY, INGO SARLET defende uma relativização do conceito de direito subjetivo, logo, seria sempre necessária a ponderação diante de cada direito e suas possibilidades de realização no caso concreto, levando-se em conta o princípio da dignidade humana como linha demarcatória do que integra o padrão mínimo de existência social, passível de ser exigido judicialmente, e estabelecendo diferentes níveis de eficácia[13].

Admitindo-se tal conclusão, além da eficácia peculiar determinada pela idéia de *padrão mínimo* de satisfação de direitos sociais (tese que demonstra desenvolvimento no direito alemão, mas pouca aceitação na jurisprudência e doutrina brasileiras), como se configuraria, enfim, a efetividade das normas de direitos sociais de cunho programático, levando-se em conta os obstáculos já mencionados?

Primeiramente, avulta uma eficácia derrogatória. Esta implica na revogação das normas infraconstitucionais promulgadas antes da Constituição (já que o Supremo Tribunal Federal não acolheu a tese da inconstitucionalidade superveniente) que sejam incompatíveis com a defesa e promoção dos direitos sociais, ou que venham a propor a revogação de alguma lei que os concretize (destacando-se um *princípio de proibição de retrocesso*). Da mesma forma, eiva-se de inconstitucionalidade a legislação promulgada após a Constituição que revele incompatibilidade com as normas constitucionais em questão.

Entendendo-se o ordenamento jurídico como um sistema e evitando a interpretação isolada das normas, resta evidente o papel hermenêutico da Constituição, exigindo nova interpretação de todas as normas a ela anteriores de acordo com seus princípios, aplicando-se tal função de forma inequívoca aos direitos sociais, partindo igualmente do *princípio de máxima efetividade dos direitos fundamentais*, que impõe sempre, dentre possíveis exegeses do texto legal, a interpretação que garanta ao máximo a efetivação desses direitos (a isto também pode se dar o nome de *eficácia irradiante* dos direitos fundamentais).

As normas de cunho programático, além de se revelarem imposições ao legislador, no sentido de concretizá-las em legislação ordinária ou complementar, delimitam parâmetros aos quais o mesmo deverá cingir-se. Tais parâmetros são mais ou menos específicos, dependendo da norma

de que se trate. Procurando proporcionar uma garantia de cumprimento da tarefa legislativa, o constituinte instituiu a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção[14].

Outro importante aspecto quanto à eficácia das normas de cunho programático definidoras de direitos fundamentais é aquele trazido por LUÍS ROBERTO BARROSO e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. Tais autores chamam atenção para o direito que assiste aos particulares de se oporem judicialmente a atos, seja de particulares[15] ou do poder público, que conflitem com o preceito constitucional, bem como o de obter, por parte dos órgãos jurisdicionais (ensejando a via recursal no caso contrário), decisões e interpretações que o respeitem (o que remete à já aludida *eficácia irradiante*) (BARROSO, p.122, 2001).

Por fim, há que se mencionar que, independente de se conferir um direito subjetivo público ao cidadão, as normas de conteúdo programático estabelecem objetivamente uma imposição ao poder público no sentido de tudo fazerem para concretizar os direitos aí estabelecidos, determinando ao Estado deveres *prima facie*.

Convém ressaltar que todas as considerações feitas a respeito da eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais sociais de cunho programático referem-se à eficácia originária destas normas, isto é, aquela que decorre de sua expressão no texto constitucional, independente de sua concretização na lei infraconstitucional.

Não é apenas em relação à eficácia que se costuma estabelecer uma profunda clivagem entre os direitos de primeira e de segunda dimensão. Leva-se em conta, igualmente, o conteúdo material que informa as duas espécies, sendo, nessa perspectiva, os direitos sociais percebidos como uma ameaça aos direitos de liberdade, na medida em que defendem e promovem uma intervenção do Estado em setores privados da sociedade civil, em especial na economia. Objetando esse modo de compreender a relação entre as duas modalidades de direitos fundamentais, destacam-se dois argumentos.

Em primeiro lugar, há que se ressaltar a inadequação, em termos absolutos, de atribuir aos direitos de liberdade um caráter tão-somente negativo e aos direitos sociais um caráter positivo. Isso porque existem direitos de liberdade que implicam em uma prestação do Estado (assistência judiciária, direitos políticos, garantias do processo penal e normas que dependam de regulamentação) e direitos sociais que implicam em uma abstenção estatal (liberdade de associação sindical, direito de greve). Além disso, todos os direitos sociais possuem uma dimensão negativa, como observa JORGE MIRANDA. De acordo com o constitucionalista português, quando a Carta Magna institui formas de participação que exorbitam da cidadania política, adentrando nos princípios do direito social, o Estado assume um dever de não impedir ou minorar essa participação. Da mesma forma, o poder público não pode restringir, por intermédio de medidas arbitrárias, o acesso aos direitos sociais garantidos na lei ordinária e na Constituição, não podendo também abolir direitos sociais já concretizados em lei (MIRANDA, 1992).

Em segundo lugar, ganha coerência a interpretação de que os direitos sociais, na verdade, ao contrário de limitarem ou impedirem os direitos de liberdade, são pressuposto indeclinável para a realização dos mesmos, dado que ninguém é verdadeiramente livre sem as condições necessárias para exercer tal liberdade[16]. Por exemplo, como é possível exercer o direito de livre expressão da atividade cultural sem que se tenha assegurado ao menos a educação

fundamental[17]? Como é possível exercer a liberdade de escolha de profissão ou trabalho se o desemprego se impõe como uma realidade incontornável? Enfim, como é possível exercer o direito de inviolabilidade do domicílio se não há habitação? Quando, portanto, abandona-se a liberdade tão-somente formal em prol de uma liberdade concreta e efetiva para todos, se está a adicionar um outro ingrediente à fórmula liberal: a busca da igualdade material. Sobre a relação entre liberdade e igualdade, manifesta-se JORGE MIRANDA:

Tanto na concepção liberal como na concepção social, deparam-se a liberdade e a igualdade; porém, na primeira, igualdade é a titularidade dos direitos e demanda liberdade para todos, ao passo que, na segunda, a igualdade é a concreta igualdade de agir e a liberdade a própria igualdade puxada para ação. Na concepção liberal, a liberdade de cada um tem como limite a liberdade dos outros; na concepção social, esse limite prende-se com a igualdade material e situada. Os direitos constitucionais de índole individualista podem resumir-se num direito geral de liberdade, os direitos de índole social num direito geral à igualdade (MIRANDA, p.199-200, 1992).

4. Os direitos sociais como cláusula pétrea na Constituição

Um último tópico que se relaciona com a garantia constitucional dos direitos sociais é o que se refere à polêmica questão de considerá-los como limite material à reforma constitucional. Tal controvérsia é gerada, entre outros aspectos, pela inapetência terminológica à qual o legislador constituinte pátrio entregou-se ao redigir o inciso IV do parágrafo 4º do art.60. O texto em questão relaciona um dos limites ao poder reformatório da Constituição, qual seja "os direitos e garantias individuais". A celeuma que cerca o tema instaura-se sobre a interpretação desta expressão: ela aponta apenas para os direitos e garantias listadas no art.5º ou também abraça todos os outros inseridos no Título II, incluindo aí não só os direitos sociais como os direitos políticos e os de nacionalidade?

A corrente que defende o posicionamento mais restrito escusa-se, basicamente, nos seguintes argumentos: em primeiro lugar, o termo "individuais" indica que os direitos e garantias que integram as cláusulas pétreas consistem tão-somente nos tradicionais direitos de defesa, que se encontram inseridos no art.5º da Constituição. Tal entendimento é justificado, entre outras colocações, a partir de uma análise do processo constituinte, levando a crer que o jogo de forças conservadoras e progressistas (caso se entenda por estas as que buscam concretizar e destacar os direitos sociais), determinou por um lado a inclusão dos direitos sociais como direitos fundamentais, mas por outro a limitação de sua eficácia, consistente não só na natureza programática dessas normas, sem instrumentos que garantam, em caráter coercitivo, a sua implementação, mas também na exclusão das mesmas do rol de cláusulas pétreas[18].

Em segundo lugar, a compreensão restrita da expressão "direitos e garantias individuais" estaria sustentada pela tradição constitucional brasileira[19]. E, finalmente, para citar um argumento incomum no que se refere à constância de sua utilização, o caráter flexível atribuído pelo constituinte, desde que interpretado de maneira ampla, às duas vigas de sustentação do direito trabalhista, quais sejam o salário e a jornada de trabalho, são indícios mais que suficientes de que os direitos sociais (que, na concepção constitucional, abrangem os direitos trabalhistas, mas a eles não se limita) não integram as cláusulas pétreas (aliás, haveria até uma contradição terminológica entre *flexibilização* e *pétreas*)[20].

Há ainda posições intermediárias, como as que reconhecem blindagem constitucional apenas para os direitos sociais considerados intimamente relacionados aos clássicos direitos de liberdade[21].

Malgrado a relevância dos argumentos indicados acima, não parece ser a interpretação restritiva a mais consentânea com o espírito da Constituição brasileira. Em primeiro lugar, o tratamento português não pode ser invocado como justificativa para a exclusão dos direitos sociais (ou parte deles) dos limites materiais à revisão constitucional. E isso não só porque inexiste um regime jurídico especial expressamente previsto na Carta brasileira para os direitos fundamentais de liberdade, mas também pelo fato de que a Constituição de um outro país (ainda que seja a antiga metrópole), não vincula necessariamente as disposições jurídicas máximas que a Assembléia Geral Constituinte brasileira, insuflada pelo amplo debate que se estabeleceu entre diversos setores da sociedade civil, concretizou em seus trabalhos.

Além disso, é perfeitamente defensável a afirmação de que a expressão "direitos e garantias individuais" equipara-se a "direitos e garantias fundamentais", e isso por uma série de fatores. Primeiramente, há que se ressaltar não existir no texto constitucional brasileiro nenhuma outra passagem que repita a expressão do art.60, §4º, IV (no capítulo I do Título II utiliza-se "direitos e deveres individuais e coletivos"). O fato de que o significado para "direitos e garantias individuais" perfile na tradição constitucional brasileira como sinônimo dos clássicos direitos de liberdade também não é justificativa convincente para o enfoque restritivo, pois, evidentemente, não se pode, por exemplo, interpretar da mesma forma uma Constituição produzida em um período ditatorial (como é o caso da Carta de 1967 e da Emenda nº 1/69) e uma outra num momento de redemocratização. Além disso, a prevalecer o sentido literal do termo "individuais", forçosamente haveria por terem-se excluídos os direitos e garantias que se expressam coletivamente, muitos dos quais encerram-se no art.5º [22]. Isto sem falar que não só os direitos sociais seriam excluídos das cláusulas pétreas, mas também os direitos de nacionalidade (que entremostram de maneira cristalina a sua fundamental importância ao estabelecerem o vínculo jurídico do indivíduo com o Estado) e os direitos políticos (essenciais para a concretização do princípio democrático, enunciado no art.1º entre os princípios fundamentais) como bem lembra INGO SARLET (SARLET, p.359-361, 1998).

O termo "individuais" poderia perfeitamente abrigar um sentido mais amplo, pois, enfim, em que pese serem os direitos sociais externados e exercidos coletivamente (embora nem todos assim o sejam de modo pleno, como é o caso dos direitos do empregado diante de seu empregador), eles possuem um reflexo individual claramente delimitado. O beneficiado pela proteção do direito será, antes do grupo, o indivíduo que o integra. Nesse ponto, é importante ter-se em conta que o caráter coletivo dos direitos sociais diz muito mais respeito aos valores basilares que os cercam. Ora, se o objetivo precípuo de tais direitos é corrigir as desigualdades, é fato cada vez mais constatável que, na sociedade, tais distorções acontecem em uma dimensão coletiva, intergrupal, ainda que seja o indivíduo o destinatário concreto dos benefícios corretivos da situação desigual. Assim, os miseráveis têm direito à assistência social; os trabalhadores a direitos que compensem a relação desigual repousada no liame contratual que mantém com seus patrões; aqueles que, em função da idade avançada, não possuem mais con-

dições de prover o seu sustento têm direito à aposentadoria; os enfermos, em especial os que não podem pagar planos de saúde, ensejam a assistência médica dos hospitais públicos; e assim por diante. É importante frisar esse aspecto, especialmente para fazer face aos posicionamentos que atribuem ao direito do trabalho (e, conseqüentemente, à maioria dos dispositivos do art.7º) um aspecto tão-somente individual (concernente ao empregado) ou, no máximo, indiretamente social, entendendo que direitos sociais, efetivamente, são apenas os relacionados no art.6º e nos Títulos VII e VIII da Carta brasileira.

A propósito, já que se mencionou os direitos trabalhistas, importa referir que a flexibilização da tutela jurídica emprestada aos empregados nas relações de emprego não desmerece o caráter fundamental desta proteção. Em primeiro lugar, porque só pode ocorrer mediante acordo ou convenção coletiva, o que, teoricamente, diminui a desigualdade da negociação (a depender concretamente da maior ou menor força sindical). Em segundo lugar, porque, evidentemente, a elasticidade desses direitos deve ser interpretada restritivamente, dentro do espírito do direito trabalhista, claramente referendado pelo art.7º da Carta Magna. Ou seja, o *princípio da tutela* no direito do trabalho estabelece, entre outras conclusões, que diante de duas interpretações possíveis para um mesmo dispositivo legal (*princípio da norma mais favorável*), deve-se optar por aquela que mais favoreça o empregado, considerado hipossuficiente contratual. Logo, não se pode inferir que por flexibilizar o *quantum* salarial e o número de horas diárias de trabalho, a Constituição está autorizando a flexibilização de todas as outras normas trabalhistas. Ocorre a autorização para flexibilizar os casos indicados devido a um objetivo de proporcionar o bem-estar ou o "mal-menor" ao trabalhador em situações de dificuldades pelas quais a empresa venha a passar, ou então na dependência do usufruto de outras vantagens. Dessa feita, o fato de estar autorizada a negociação coletiva sobre certos direitos trabalhistas, além de não excluir o seu caráter fundamental, não retira a utilidade e a coerência em inserir os mesmos na proteção constitucional constante do artigo 60. Assim, por exemplo, embora o salário possa ser reduzido mediante acordo ou convenção coletiva, não seria permitida a aprovação de Emenda Constitucional que determinasse ser tal redução negociável individualmente entre empregado e empregador, quando então a desigualdade tornar-se-ia flagrante.

Por fim, mesmo os dogmáticos mais tacanhos, não concordam totalmente com a pertinência de uma interpretação meramente gramatical ou literal (até porque ela não seria possível de fato, pois como bem ensinou LYRA FILHO, o *que* se diz já se encontra desde sempre vinculado ao *para que* se diz[23]), fazendo-se imperativa, portanto, uma interpretação constitucional *autêntica*[24], na qual suas normas e conceitos sejam considerados conjuntamente com seus princípios e considerados a partir do horizonte interpretativo de uma sociedade periférica como a brasileira, na qual as promessas da modernidade, nem de longe restaram por aqui atendidas. Tendo isso em vista, cabe inquirir a respeito da função das cláusulas pétreas. Ora, é consensual na doutrina que os limites materiais à revisão constitucional almejam preservar a identidade da Constituição, indicada pelos princípios e valores fundamentais que a mesma busca preservar e implementar[25].

Voltando os olhos para a Constituição Federal de 1988, mais especificamente para o artigo 1º, vislumbra-se que o Estado brasileiro é definido como um *Estado Democrático de Direito*. Nesta expressão

encerra-se a essência da identidade constitucional, para a qual concorrem de forma iniludível os direitos fundamentais. Como arremate conclusivo destas linhas cabe esmiuçar tal noção, utilizando-a de maneira favorável ao argumento de que os direitos sociais fundamentais constituem limite material à revisão constitucional.

5. Considerações finais

Desde a luta contra o Estado absolutista, a expressão "Estado de Direito" tem sido utilizada. Contudo, a sua significação experimentou uma série de mudanças ao longo do tempo. Primeiramente, apontava tão-somente para um Estado no qual o governo se submetesse a regras jurídicas elaboradas previamente. Tal sentido era consentâneo com a preocupação basilar do pensamento político liberal: a limitação dos poderes do Estado.

Em um primeiro momento, portanto, o Estado de Direito significou a supremacia da lei, ainda não analisada a partir de um enfoque constitucional, ou seja, não cabia impor à lei o respeito às regras constitucionais. O Estado legal teve desenvolvimento particularmente acentuado no Direito francês.

O conceito meramente formal e hierárquico de Estado de Direito não resistiu às exigências contemporâneas, introduzindo-se um elemento adicional de conteúdo material nessa definição. O Estado de Direito, paralelamente ao avanço do aspecto formal para a submissão ao controle constitucional, experimentou uma adjetivação relacionada às finalidades perseguidas pelo Estado e pelas regras jurídicas[26]. É nesse ponto que assumem grande relevância as dimensões de direitos fundamentais, pois, a partir delas, se precisará a natureza desse aspecto teleológico.

Esse é o sentido das expressões *Estado Liberal de Direito*, *Estado Social de Direito* e *Estado Democrático de Direito*. Todas elas apontam para um Estado no qual os cidadãos e o governo submetem-se às leis pré-elaboradas, buscando proteger e efetivar determinados valores, princípios e direitos.

No Estado Liberal de Direito, privilegia-se os valores individualistas, entendendo-se que um Estado não pode ser considerado um Estado de Direito caso não respeite os direitos fundamentais concernentes à liberdade dos cidadãos. Compreende-se nessa noção os clássicos direitos de defesa, já comentados quando se tratou dos direitos fundamentais de primeira dimensão. Aderindo à concepção liberal de Estado de Direito, estão, igualmente, o princípio da separação de poderes, a soberania popular, o princípio da legalidade e o controle de constitucionalidade das leis.

O Estado Social de Direito, por sua vez, entende que a tarefa do Estado não deve ater-se apenas a uma atitude de respeito e abstenção em relação à vida privada dos cidadãos, devendo aquele realizar a passagem do *Estado Mínimo* para o *Estado Intervencionista*, com o fito de combater a desigualdade concreta, evidenciada pelo desenvolvimento do capitalismo industrial e pela deflagração de conflitos armados de proporções mundiais. Em que pese ter assumido a questão social (que desloca o foco de interesse do indivíduo para os grupos), o modelo estatal permanece cingido ao liberalismo e busca sanar suas deficiências através de uma atitude promocional, que, ao incentivar as condutas desejadas, bem como espelhar uma hipertrofia do Estado, não deixa brechas para a efetivação de uma cidadania mais ampla, que supere o modelo da democracia representativa liberal.

Percebe-se, portanto, alguns pontos de contato entre o Estado Liberal e o Estado Social. Ambos apóiam-se em uma inci-

siva separação entre Estado e sociedade civil (público e privado), estabelecendo esta uma expectativa de ação ou omissão àquele. Ambos estão firmemente comprometidos com a noção de igualdade. O liberal enfatiza a igualdade *a priori*, combatendo toda forma de dominação e privilégio na qualificação formal dos sujeitos[27], o social contempla a igualdade *a posteriori*, isto é, através da garantia de condições estruturais, principalmente de caráter econômico, busca-se eliminar as diferenças concretas, consideradas insustentáveis, para que, assim, haja uma efetiva igualdade. Percebe-se, pois, que, embora de modo diferente, ambas as perspectivas priorizam uma visão negativa da diferença.

O Estado Democrático de Direito, por sua vez, não se contenta apenas com esta noção simplificada da diferença, percebendo que ela pode demarcar não somente uma situação de exclusão, mas também um aspecto positivo, tão em voga atualmente: o da afirmação de diferentes identidades e do respeito a diferentes culturas e expressões de participação no cenário público (o que se dá tanto no plano nacional quanto internacional)[28]. No marco do Estado Democrático de Direito, portanto, caracterizando de modo incisivo o seu adjetivo de "democrático", vislumbra-se o objetivo de ampliação e resgate da dimensão pública.

O adjetivo "público" pode assumir duas conotações: uma relativa ao Estado e outra relativa ao interesse da coletividade. Em muitas situações, esses dois sentidos podem não se encontrar, como sói acontecer na ação de Estados autoritários e em espaços sociais que a instituição estatal simplesmente não alcança. O conceito de *Estado Democrático de Direito* supera o entendimento (predominante na modernidade) de que o "público" remete apenas ao Estado, uma vez que não mais o indica como o espaço exclusivo para o interesse da coletividade. Como assinalam LÊNIO LUIZ STRECK e JOSÉ LUIZ BOLZAN DE MORAIS, um Estado Democrático de Direito é aquele que conjuga o ideal democrático ao Estado de Direito, apontando para uma idéia de transformação social na qual os valores democráticos perpassem toda a ordem jurídica (STRECK e MORAIS, p. 92-99, 2003). Essa transformação, longe de ser um período transitório, revela-se uma constante. O ideal democrático aponta para um perene estado de incerteza, no qual todos os cidadãos são chamados a assumir a responsabilidade sobre si próprios e sobre a sua comunidade ao invés de delegar as preocupações políticas para os governos constituídos.[29] A democracia pressupõe a manutenção de um espaço aberto para a manifestação do outro[30], sendo por demais restrita a sua delimitação aos espaços institucionais do Estado. Somente no zelo pela mantença dessa abertura é que se poderá legitimamente, e em respeito aos mais elevados graus de convivência democrática, perseguir o interesse coletivo[31].

Das duas uma, ou se realiza uma limitação aos contornos do direito público, notando-se que, em muitas situações, em nome do interesse da coletividade, o Estado deverá ceder espaço para outros atores sociais (inclusive reconhecendo, através das instâncias oficiais, os mesmos em suas atuações); ou então, se considera um sentido mais amplo para a expressão "direito público", na qual "público" não signifique simplesmente "estatal", mas aponte para uma dimensão relativa à "pluralidade" ou à "coletividade".[32]

De qualquer modo, no Estado Democrático de Direito, ainda que se busque a participação e não só a reivindicação, ainda que se focalize outros espaços de manifestação pública além dos estatais (como o dos movimentos sociais), o Estado e suas

ações permanecem sendo um alvo central, especialmente no que toca às suas promessas liberais e sociais não cumpridas[33].

O Estado Democrático de Direito incorpora os objetivos de limitação e promoção da atividade estatal em prol dos direitos fundamentais dos cidadãos, acrescentando, porém, uma concepção de cidadania que ultrapassa, sem deles abrir mão, os mecanismos participativos consagrados pelo ideário liberal. Tal estado de coisas se caracteriza especialmente diante de uma certa abertura do texto constitucional para novos direitos fundamentais, bem como pela nota solidária que permeia seus dispositivos, deixando entrever um aspecto comunitário, o qual se encontra presente, por exemplo, na menção aos direitos de terceira dimensão e na enunciação de novos atores na seara pública (como sindicatos, associações e movimentos sociais)[34].

Enfim, o que se busca concluir é que o *telos* abraçado pelo Estado Social de Direito não deixa de integrar de forma essencial o significado do Estado Democrático de Direito em função da mera ausência do termo "social", pois o Estado Democrático de Direito, conforme se discorreu, pressupõe em seu cerne os direitos fundamentais sociais. Se a falta do qualificativo "social" na expressão escrita da definição constitucional da República Federativa do Brasil acarretasse a exclusão da questão social, forçosamente, pelo mesmo raciocínio, diante da ausência do termo "liberal", restaria duvidosa a abrangência dos direitos fundamentais de primeira dimensão na qualificação do *telos* estatal.

Ademais, o artigo 1º da Carta Brasileira define como fundamentos do Estado Democrático de Direito a *soberania*, a *cidadania*, a *dignidade da pessoa humana*, os *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* e o *pluralismo político*. Diante desta evidência revela-se inconteste a abrangência de todos os direitos fundamentais relacionados no Título II pelo termo *Estado Democrático de Direito*.

A constatação que se depreende desses breves argumentos é que, portanto, os direitos fundamentais sociais integram a identidade constitucional, dando coerência para a interpretação do art.60, §4º, IV, que resulta na inclusão de todos os direitos fundamentais, cumprindo, dessa forma, a razão de ser da existência de limites materiais à revisão constitucional: a preservação da identidade e da essência da Constituição.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas* – limites e possibilidades da Constituição brasileira. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

CARVALHO, Salo de. O direito de resistência e o seu alcance constitucional. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, Unisinos, vol.29, n.76, p. 87-115, maio/ago. 1996.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os direitos fundamentais. Problemas jurídicos, particularmente em face da Constituição brasileira de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.203, p.1-10, jan./mar. 1996.

GOMES CANOTILHO, Joaquim José, MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LOBATO, Anderson Cavalcante. O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 141-159, jan./mar. 1998.

LYRA FILHO, Roberto. Direito do capital e direito do trabalho. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de, AGUIAR, Roberto A. Ramos de (Orgs.). *Introdução crítica ao direito do trabalho*. Brasília: Universidade de Brasília, 1993. p. 62-76.

MANCUSO, Rodolfo. Interesses coletivos no Código do Consumidor. *Revista de Informação Legislativa*, n. 111, jul/set, 1991.

MARTINS Filho, Ives Gandra da Silva. Os direitos fundamentais na Constituição de 1988 – os direitos sociais, sua defesa e a proteção contra a omissão inconstitucional. *LTr - Suplemento Trabalhista*, São Paulo, v.34, n.167, 1998.

MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais – sua dimensão individual e social. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v.1, n.1, p.198-208, out./dez. 1992.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais* – o Estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

PIETRO BARCELLONA: *Postmodernidad y comunidad*. 2.ed. Madri: Trota, 1996.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

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

_____. "Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais". In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada* – construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.107-163.

SARMENTO, Daniel. . *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da Silva. "O direito social e suas significações: o princípio da alteridade". In: RUBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Orgs). *Anuário ibero-americano de direitos humanos (2001/2002)*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p.365-399.

_____. *Hermenêutica Filosófica e Direito:* o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. 2.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise* – uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lênio Luiz, MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

NOTAS

[1] Acataremos aqui a sugestão do autor quanto a essa nomenclatura, entendendo por razoáveis e adequadas suas justificativas.

[2] Há uma certa variação terminológica que, de qualquer sorte, não compromete a importância didática e histórica desse tipo de classificação. Assim, enquanto SARLET e grande parte dos autores inserem as liberdades individuais, políticas e coletivas, dentro de uma espécie - a primeira geração ou dimensão (obviamente levando em conta o critério de serem todos *direitos de defesa*) – outros preferem situar as liberdades políticas e coletivas em uma segunda geração (certamente buscando realçar a diferença cronológica de manifestação dos mesmos em relação às liberdades individuais), denominando de terceira geração os direitos sociais e de quarta geração os difusos ou de solidariedade.

[3] INGO SARLET inclui na segunda dimensão direitos que não desembocam em uma atitude positiva do Estado, mas sim negativa, e as denomina de *liberdades sociais*, referindo-se, neste particular, aos direitos de greve e associação sindical (SARLET, p.49-50, 1998).

[4] Sobre os fundamentos axiológicos inerentes aos direitos sociais, ver nosso artigo: SILVA FILHO, 2002.

[5] Todavia, no seio das relações de consumo, podem configurar-se diversas classes de interesses, como se pode depreender do seguinte trecho de RODOLFO MANCUSO: "Se, dentre uma série de bens de consumo vendidos ao usuário final, um deles foi produzido com defeito, o lesado tem interesse individual *na indenização cabível*. *Já seu interesse pode ser* individual homogêneo *quando uma série de um*

produto saia de fábrica com o mesmo defeito, ou pode ser coletivo *(em sentido estrito) quando de um aumento indevido das prestações do mesmo consórcio. Nestes dois últimos casos, em sentido lato, trata-se de interesses coletivos. Mas o interesse só será verdadeiramente* difuso *se impossível identificar as pessoas ligadas pelo mesmo laço fático ou jurídico, decorrente da relação de consumo (como destinatários de propaganda enganosa, veiculada pela televisão)*" (MANCUSO, p.313, 1991).

Cabe esclarecer, não só para tornar inteligível o texto transcrito, mas pela relevância e conexão com a matéria em análise, que o *interesse individual* corresponde à clássica noção de *direito subjetivo*, na qual o interesse de um indivíduo sobre um bem da vida é protegido juridicamente, pela norma jurídica, conferindo a ele o direito de deduzir judicialmente as pretensões daí decorrentes. *Interesse individual homogêneo* ocorre quando existe uma soma de diferentes interesses individuais calcados em uma causa comum. Os *interesses coletivos*, expressão que BOLZAN DE MORAIS procura dissociar da noção de *interesse individual homogêneo* ao classificá-la ao lado dos *interesses difusos* sob o gênero de *interesses transindividuais*, remetem aos interesses dos membros de um grupo unidos por um laço jurídico, sem que haja a *disponibilidade* dos direitos daí decorrentes por indivíduos pertencentes ao grupo, sendo, da mesma forma vedada a fruição excludente dos direitos em questão por qualquer membro, dado que eles representam e sintetizam os diversos interesses individuais em jogo, havendo, portanto, uma despersonalização dos mesmos. Os *interesses coletivos* tendem a aproximar-se das características dos individuais na medida em que se tornam corporativos, assemelhando o comportamento do grupo ao do indivíduo.

Para BOLZAN DE MORAIS, o que faz os *interesses coletivos* integrarem a categoria dos *interesses transindividuais* é o fato de *passarem* pelo indivíduo sem excluí-lo (daí o prefixo *trans*), mas inserindo-o em uma perspectiva comunitária. É por isso que o corporativismo seria uma degenerescência, na medida em que contamina o espírito comunitário (que propicia uma vinculação tênue entre os diversos grupos) de uma eiva egoística, mais afeita ao orbe individual. Nesse sentido, o vínculo solidário seria muito mais intenso em termos de abrangência nos *interesses difusos*, que não possuem titularidade determinável e tão pouco pressupõem um vínculo jurídico entre os sujeitos potenciais (MORAIS, p.105-155, 1996).

Com relação aos direitos do consumidor, é preciso ainda que se diga, malgrado a sua potencialidade difusa, que se aproximam sobremaneira do enfoque dos direitos sociais, pois são expressão, sem dúvida alguma, da desigual relação de forças entre produtores ou fornecedores e a grande massa de consumidores, de tal sorte que, consensualmente, são tidos como direitos protetivos, que buscam conferir uma tutela especial seja ao consumidor *stricto sensu* (o destinatário final e econômico do bem ou serviço) ou ao consumidor *equiparado* (fornecedor de bem ou serviço que se encontre em situação de vulnerabilidade técnica, econômica ou jurídica diante de outro fornecedor, ou ainda terceiro atingido pela relação de consumo). Não possuem, portanto, o mesmo nível de abrangência e "solidariedade" (no sentido de que todos os membros da sociedade estejam aí envolvidos) que os direitos ambientais.

[6] Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - Art.5º, §2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Aliás, importa frisar que este princípio foi, à primeira vista, reforçado pela Emenda Constitucional nº45, promulgada em 30 de dezembro de 2004, que acrescentou mais um parágrafo ao Art. 5º: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - Art.5º, §3º - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Todavia, um olhar mais atento irá perceber que esta emenda representa um retrocesso, já que praticamente leva à conclusão de que os tratados sobre direitos humanos, até aqui ratificados pelo Brasil e possuidores de um *status* ordinário, não poderão ser considerados direitos fundamentais com *status* constitucional até que sejam aprovados mediante o rito previsto

na nova emenda. Não houve, pois, previsão de tratamento dos tratados de direitos humanos já incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro. Uma saída para o impasse, talvez, poderia ser uma interpretação restritiva da emenda (evitando assim a sua inconstitucionalidade, já que fere cláusula pétrea), na qual a sua prescrição não atinja a situação intermediária dos tratados já incorporados. Eis uma questão intrincada que, porém, não se pode desenvolver aqui neste breve espaço.

[7] O que não nos impede, todavia, de nos posicionarmos favoravelmente à sua inserção entre os direitos fundamentais integrados ao ordenamento pátrio (pois, como se não bastasse a clara importância de tais direitos para o preenchimento dos princípios e conceitos relativos ao art.1º da Carta Magna – especialmente o *Estado Democrático de Direito* e a *dignidade da pessoa humana* – pelo viés formal, no caso do direito ao meio-ambiente, e não mencionando os pactos internacionais sobre a matéria, percebe-se sua presença no art.5º, LXXIII, que prevê o direito dos cidadãos de propor Ação Popular para anular ato lesivo, entre outros, ao meio-ambiente), não sendo, porém, esse o espaço para a abordagem desse tema específico.

[8] A respeito da utilização tradicional que se tem empregado para essas categorias, comenta SALO DE CARVALHO que "historicamente a classificação de normas não auto-aplicáveis, principalmente em se tratando de direitos e garantias fundamentais constitucionalmente tutelados, tende a ser utilizada quando os agentes públicos querem inviabilizar conquistas árduas, que chegaram ao patamar legal pela luta incessante dos representantes e dos partidos vinculados organicamente aos movimentos sociais. Trata-se de uma prática perversa da lógica de dominação na qual, através de um instrumento retórico, inviabiliza-se a concretude do anseio social e democrático" (CARVALHO, p.106, 1996).

[9] É consensual na doutrina que os direitos de defesa não se enquadram nessa espécie, tendo em vista o fato de preconizarem uma atitude de abstenção, a ser reclamada sempre que se configurar no mundo dos fatos a ameaça ou violação aos mesmos, logo não haveria indeterminação a respeito do comportamento a ser exigido do destinatário da norma, circunstância que já não ocorre quanto aos direitos prestacionais, já que a conduta positiva a ser implementada resta indeterminada no comando constitucional.

Importa igualmente esclarecer que, embora JOSÉ AFONSO DA SILVA tenha contribuído para a fixação do termo entre nós, não é tal autor de opinião que alguma norma constitucional possa ser destituída de eficácia (mesmo quando venha em forma de programas).

[10] Embora o texto do artigo 5º, §1º da Constituição Federal faça referência, indistintamente, aos direitos e garantias fundamentais, ele vem inserido no corpo do Capítulo I, que trata basicamente dos direitos individuais, quando deveria aparecer em um capítulo que abordasse de forma genérica as características comuns a todos os direitos fundamentais. A mesma crítica pode ser feita em relação ao segundo e ao terceiro parágrafo do mesmo artigo (que tratam, como já visto, do *princípio da abertura do catálogo de direitos fundamentais*).

[11] Assim, justifica INGO SARLET que "ao utilizarmos a expressão genérica escolhida (normas de cunho programático), o fazemos convictos de que também estas normas são dotadas de eficácia e não podem ser consideradas meras proclamações de cunho ideológico ou político, pois, se assim fosse, efetivamente haveríamos de compartilhar o ponto de vista dos que sustentam a inexistência de normas programáticas" (SARLET, p.265-266, 1998).

[12] Para INGO SARLET não "parece absurda a observação de que negar ao indivíduo os recursos materiais mínimos para manutenção de sua existência (negando-lhe, por exemplo, uma pensão adequada na velhice, quando já não possui condições de prover seu sustento) pode significar, em última análise, condená-lo à morte por inanição, por falta de atendimento médico, etc. Assim, há como sustentar – na esteira da doutrina dominante – que ao menos na esfera das condições existenciais mínimas encontramos um claro limite à liberdade de conformação do legislador" (SARLET, p.319, 1998).

[13] Eis a síntese do autor sobre tal postura: "Assim, em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do Legislativo (assim como o da separação dos poderes e as demais objeções aos direitos sociais na condição

de direitos subjetivos a prestações) esbarrar no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes (fundamentais ou não) resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, quando tal mínimo é ultrapassado, tão-somente um direito subjetivo *prima facie*, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos de um tudo ou nada" (SARLET, p.320, 1998). O conceito de direitos fundamentais *prima facie* é estabelecido por ROBERT ALEXY em contraposição aos direitos *definitivos*. Estes não necessitam de ponderação, contudo aqueles são delimitáveis a partir de uma ponderação que determinará graus distintos de eficácia.

[14] Como apontado por JOSÉ AFONSO DA SILVA, todavia, esses instrumentos revelam-se de pouca eficácia, pois no primeiro caso, na falta de norma regulamentadora que assegure o cumprimento de norma constitucional, não há maior conseqüência prevista para a decretação de inconstitucionalidade por omissão do que proporcionar a ciência ao Poder Legislativo, não estando este, contudo, obrigado a legislar. Já no caso do mandado de injunção, a partir de decisão do Supremo Tribunal Federal, perece a interpretação de que o juízo deva proporcionar a satisfação do direito reclamado e não gozado até então por falta de regulamentação, prevalecendo o entendimento de que tal ação funcionaria como uma espécie de ação pessoal de declaração de inconstitucionalidade por omissão (SILVA, p.48-49 e p.391-396, 1994).

[15] Esse ponto reveste-se de peculiar interesse dada a discussão, que ganha volume no universo doutrinário brasileiro, quanto à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Entre outras denominações, tal tema comporta a expressão *eficácia horizontal dos direitos fundamentais* (preterida por SARLET em prol de outra, mais precisa, a saber: *eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*). Sobre o tema ver o clássico texto: SARLET, 2000 e o importante estudo: SARMENTO, 2004.

[16] Sustentando esse entendimento, escreve JOSÉ FELIPE LEDUR: "A íntima conexão entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais é cada vez mais enfatizada, a ponto de se levantarem dúvidas acerca da consolidação da democracia e do Estado de Direito, se não forem enfrentados problemas como a crescente desigualdade social e o desemprego. Na verdade, se a pessoa não tem como prover adequadamente a sua existência mediante o acesso a uma moradia, à educação, à saúde, à previdência, ao trabalho, não terá aptidão para ser 'cidadão privado', mesmo porque sua dignidade estará comprometida. A falta dessas condições vitais não permitirá que venha a ser um 'cidadão público', que contribua na formação da vontade política direta e na pré-formação da vontade política da Nação (...)"(LEDUR, p.162, 1998). No mesmo sentido, manifesta-se JOSÉ AFONSO DA SILVA ao procurar definir os direitos sociais: "Assim, podemos dizer que os *direitos sociais*, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se conexionam com o direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade" (SILVA, p.258, 1994).

[17] Obviamente, não é intenção destas linhas menosprezar as diversas formas de manifestação artística e cultural que, não obstante o nível de miséria e ausência de acompanhamento escolar, são externadas por setores significativos da população brasileira. Todavia, resta cristalino que a privação de ensino fundamental limita consideravelmente os horizontes daqueles que a ela são submetidos. Basta imaginar a diferença entre letrados e analfabetos para deduzir que a liberdade destes é muito mais restrita, isto sem falar que a tarefa de encontrar um emprego torna-se, nesses casos, uma tarefa árdua e de difícil concreção.

[18] Esse entendimento, por exemplo, é perfilado por ANDERSON CAVALCANTE LOBATO

que interpreta o princípio democrático, dedutível da expressão "Estado Democrático de Direito", que consta no art.1º, como significando, entre outras coisas, um compromisso assumido entre duas posturas contrárias sobre a natureza material da Constituição, liberalizante ou socializante, que integraram os debates na Constituinte e explicam uma série de contradições existentes no texto constitucional. Assim, no tocante aos limites materiais ao poder reformador, o autor entende que prevaleceu a concepção liberalizante. Assim, "o Estado democrático de Direito é justamente fruto do compromisso assumido entre as concepções liberalizante e socializante do Estado. É por esta razão que encontramos muitas vezes preceitos constitucionais aparentemente contraditórios entre si ou que deixam sérias dúvidas sobre o seu modo de aplicação. Somente a idéia de compromisso pode explicar e contribuir na interpretação e aplicação concreta destes preceitos e princípios constitucionais". Referindo-se ao art.60, § 4º, IV, constata o autor: "Prevaleceu aqui a concepção liberal dos direitos fundamentais, posto que se concedeu o caráter permanente e imutável somente aos direitos individuais da primeira geração. Os direitos coletivos, sociais, econômicos e culturais, da segunda e terceira geração de direitos e que estão inseridos especialmente no capítulo II, do título II, e são desenvolvidos detalhadamente nos títulos VII e VIII da Constituição, foram considerados, por via de conseqüência, conjunturais, admitindo-se, pois, modificação através de emenda constitucional" (LOBATO, p.150-151, 1998).

[19] MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO analisa sucintamente esta tradição constitucional brasileira: "Na Constituição de 1934, essa expressão era o título do capítulo II do Título III da Constituição. Este tinha como capítulo I: 'Dos direitos políticos'; como capítulo II: 'Dos direitos e das garantias individuais'. E neste capítulo enumeravam-se os direitos que a Constituição assegurava aos brasileiros e estrangeiros residentes no País: liberdade, subsistência, segurança, propriedade...Ou seja, as liberdades clássicas de liberalismo, pois o direito à subsistência é o direito à vida. Não compreendia esse capítulo os direitos sociais, que se arrolavam no Título IV: 'Da ordem econômica e social'.

A Carta de 1937 empregava a expressão nesse mesmo sentido (art.122). Os direitos sociais vinham noutro capítulo, o da Ordem Econômica.

A Constituição de 1946, também. o seu título IV: 'Da declaração de direitos' tinha um capítulo II: 'Dos direitos e garantias individuais' , onde não se encontrava senão os direitos consagrados pelo liberalismo político. Os direitos sociais estavam noutro Título, o V: 'Da ordem econômica e social'.

Exatamente essa era a posição da Constituição de 1967, e da Emenda nº 1/69. 'Direitos e garantias individuais' é expressão que abrange somente as liberdades clássicas. Esses direitos não poderiam ser abolidos pela revisão. O mesmo não ocorreria com os direitos sociais" (FERREIRA FILHO, p.9, 1996).

[20] Esse é o argumento divulgado por IVES GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO. Comentando a flexibilização das normas trabalhistas que, mediante acordo ou convenção coletiva, é autorizada pelos incisos VI (redutibilidade salarial), XIII (jornada de trabalho) e XIV (trabalho em turnos ininterruptos de revezamento) do art. 7º da Carta de 1988, preconiza que "admitindo-se a flexibilização dos dois pilares básicos do Direito do Trabalho, que são o salário e a jornada de trabalho, todos *os demais*, ainda que não previstos expressamente, são suscetíveis de flexibilização, na medida em que constituem vantagens de natureza salarial ou garantias do descanso periódico ou circunstancial.

Mais do que isso: admitindo a Constituição o princípio da flexibilização para os Direitos Sociais, reconhece que não constituem *cláusulas pétreas* (CF, art.60, §4º), sendo passíveis de alteração e redução por Emenda Constitucional. Na realidade, o que se assegura ao trabalhador é o direito a um *salário justo* e uma jornada de trabalho limitada, mas a *quantificação* desse direito é suscetível de adequação às circunstâncias de cada momento" (MARTINS FILHO, p. 779, 1998).

[21] Essa posição é defendida de maneira inequívoca pelo constitucionalismo português que reserva um regime especial (art.288 da CRP) para os "direitos, liberdades e garantias" (situados no Título II e que expressam os clássicos direitos de liberdade), mediante o qual os mesmos constituem limite material à revisão constitucional (o que já não ocorre com os "direitos

econômicos, sociais e culturais", listados no Título III), inserindo-se no mesmo tratamento os direitos fundamentais de *natureza análoga* (art.17 da CRP). Assim, é defensável a proteção para os direitos sociais que não possuem caráter prestacional, como é o caso do direito de associação sindical e do direito de greve, não sendo a mesma conseqüência invocada para os direitos sociais de cunho prestacional.

[22] Debate INGO SARLET que, preponderando a interpretação literal para o art.60, §4º, IV, "por uma questão de coerência, até mesmo os direitos coletivos (de expressão coletiva) constantes no rol do art.5º não seriam merecedores desta proteção. Já esta simples constatação indica que tal interpretação dificilmente poderá prevalecer. (...) Paradoxalmente, em se levando ao extremo este raciocínio, poder-se-ia até mesmo sustentar que o mandado de segurança individual integra as 'cláusulas pétreas', ao passo que o mandado de segurança coletivo por estas não se encontra abrangido!" (SARLET, p.360, 1998).

[23] Fica aqui, como registro, a argumentação de ROBERTO LYRA FILHO, autor que mesmo priorizando o discurso das fontes jurídicas paralelas ao Estado, não deixou de assinalar a importância de uma nova hermenêutica para dar conta de um melhor aproveitamento do direito positivado: "Estimáveis e respeitados autores ainda repetem que a interpretação pode ser literal, gramatical e lógico-sistemática, enquanto outros, embora já não falem na interpretação literal, englobam esta última na referência ao 'gramatical', antes que se ligue o 'exato sentido' (a semântica, portanto) das palavras e proposições às estruturas sociais. (...) De fato, o isolamento, ainda que metodológico e operacional, já desloca a questão, porque não vê a passagem da jurisprudência dos conceitos à jurisprudência dos valores como uma *superação*, que *não* permite aproveitar tal e qual elemento da dicção, para extrair os 'conceitos', só em seguida ligando-os à teleologia. O *que* se diz já se acha vinculado, no conjunto, ao *para que* se diz, e o alcance de cada termo, em concreto, é *determinado* pelo fim, de tal sorte que (...) 'fica o dito por não dito', se o fim contrasta com a dição; ademais, acrescentaríamos, a ciência moderna indica que o 'dito' *não* é um produto 'gramatical', mas social, como 'código' de expressão e comunicação, que instaura, em denotações e conotações, o social *ab initio*, e *não após* um estabelecimento de alcance 'gramatical'. As palavras e proposições (estruturas verbais) operam num conjunto de sinais que designam, *desde logo*, a estrutura social e as posições nela ocupadas pelo emissor e receptor da mensagem. (...) o simples 'dizer' (...) não estabelece algo fixo, que *cessat in claris* e permanece inabalável, pois que *refere* uma carga semiológica (...) que não é fixa, porém móvel contraditória, segundo a estrutura social e a posição ocupada pelo 'intérprete'." [grifos do autor] (LYRA FILHO, p. 66-67, 1993).

[24] O sentido desta palavra aqui está longe daquela clássica interpretação da lei fornecida pelo próprio legislador. Trata-se de se harmonizar com a leitura heideggeriana de uma *ética da autenticidade*, na qual o *autêntico* aparece quando assumimos conscientemente nosso horizonte hermenêutico e nossa condição de *ser-no-mundo*, procurando *suspender* nossos *preconceitos* e saber que todo ato de interpretação é criativo e deve procurar *desvelar* o sentido da lei diante das situações concretas que pedem sua consideração pelo intérprete. Defende-se aqui, pois, um enfoque hermenêutico que distoa da abordagem metodológica (na qual a hermenêutica é tida como *método* ou *ferramenta* desentranhadora de sentidos pré-existentes) e que afirma um enfoque ontológico e substancialista. Diante dos limites deste ensaio, porém, tal tema não será aprofundado, todavia, uma análise mais completa, inclusive das categorias da hermenêutica filosófica aqui apenas mencionadas, pode ser verificada no nosso livro: SILVA FILHO, 2005.

[25] Sobre o tema, assim ensinam CANOTILHO e VITAL MOREIRA: "A revisão constitucional, embora se possa traduzir na alteração de muitas disposições da Constituição, conserva um valor integrativo, no sentido de que deve deixar substancialmente idêntico o sistema constitucional. A revisão serve para *alterar a Constituição* mas não para *mudar de Constituição*.

Nesse sentido, afirma-se que a revisão deve ser solidária com o fundamento político-filosófico da Constituição ou que a fisionomia constitucional não deve ser subvertida pelas leis de revisão. É esta consideração que leva a admitir limites superiores à revisão, sejam eles *limites expressos*, sejam eles, inclusivamente, *limites*

implícitos, que pretendem impedir as revisões aniquiladoras da *identidade constitucional*" (CANOTILHO e MOREIRA, p.293, 1991).

[26] Essa abordagem conteudística, como lembra BOLZAN DE MORAIS (p.68, 1996), aproxima o Direito alemão e francês ao Direito britânico, pois sabe-se que desde a Magna Carta, em 1215, estabeleceu-se uma tradição de declarações de direitos, extensível, inclusive, à futura colônia americana, que, direcionadas à realeza britânica, objetivavam limitar sua atuação e garantir certos direitos aos súditos.

[27] Importante não esquecer que a emergência das liberdades modernas tinha como adversária a sociedade hierárquica e estratificada do medievo, ainda resistente em certa medida durante a preponderância do Estado absolutista.

[28] LUIZ EDSON FACHIN descreve, abrangendo do século XVIII até o momento atual, quatro momentos para a noção de igualdade: o primeiro revela a dignidade jurídica do princípio e a sua consideração dentro do sistema, o segundo, a partir do reconhecimento já efetivado, contenta-se com a projeção de uma igualdade meramente formal e abstrata, o terceiro, que ainda se revela como algo a ser conquistado, especialmente em países que, como o Brasil, abriga uma intensa desigualdade social, vê na igualdade um objetivo a ser alcançado mediante um tratamento desigual para os que são desiguais, especialmente aos que, em virtude desta desigualdade são atingidos concretamente em sua dignidade. O quarto momento seria o do reconhecimento das desigualdades. Afirma FACHIN: "O fator decisivo deixa de ser apenas a busca de uma igualdade a todo e qualquer custo, mas o de reconhecer que certas diferenças, em si mesmas, não são necessariamente discriminatórias" (FACHIN, p.286, 2000).

[29] LENIO STRECK e BOLZAN DE MORAIS, com base nos estudos de GUILHERMO O'DONNELL, classificam, de um modo geral, as democracias latino-americanas como "democracias delegativas", nas quais "quem ganha a eleição presidencial é autorizado a governar o país como lhe parecer conveniente"(STRECK e MORAIS, p.109, 2003). Nesse contexto, uma vez eleitos os representantes, a "democracia" hibernaria durante o mandato para despertar apenas nas próximas eleições. Ao contrário, o novo sujeito democrático, ao assumir-se em sua transitoriedade e autenticidade, aponta para uma incerteza que "significa uma tomada de atitude responsável perante a vida", importando na "responsabilização frente ao mundo e àqueles que nele estão" (STRECK e MORAIS, p. 120, 2003).

[30] HANNAH ARENDT ensina que a esfera da ação, característica do plano público (entendido em sua obra como próximo à noção de "político"), é a "única atividade que se exerce diretamente entre os homens sem a mediação das coisas ou da matéria, corresponde à condição humana da pluralidade, ao fato de que homens, e não o Homem, vivem na Terra e habitam o mundo" (ARENDT, p.15, 2001). Ademais, a autora assinala, nessa dimensão, a inerente imprevisibilidade dos negócios humanos, vendo no espaço público o *locus* dessa instabilidade: "Pelo fato de que se movimenta sempre entre e em relação a outros seres atuantes, o ator nunca é simples 'agente', mas também, e ao mesmo tempo, paciente. Agir e padecer são como as faces opostas da mesma moeda, e a história iniciada por uma ação compõe-se de seus feitos e dos sofrimentos deles decorrentes. Estas conseqüências são ilimitadas porque a ação, embora possa provir do nada, por assim dizer, atua sobre um meio no qual toda reação se converte em reação em cadeia, e todo processo é causa de novos processos. (...) Além disso, seja qual for o seu conteúdo específico, a ação sempre estabelece relações, e tem, portanto a tendência inerente de violar todos os limites e transpor todas as fronteiras" (ARENDT, p.203, 2001). Exatamente por isso, acrescenta a autora, é que o homem necessita, para viver com seu semelhante, desenvolver as habilidades de perdoar (já que não pode se responsabilizar totalmente pelas conseqüências de seus atos, já que imprevisíveis em muitas direções) e de prometer e cumprir promessas (para, assim, possuir balizas mínimas às quais as ações possam se reportar e divisar uma identidade). "Se não fôssemos perdoados, eximidos das conseqüências daquilo que fizemos, nossa capacidade de agir ficaria, por assim dizer, limitada a um único ato do qual jamais nos recuperaríamos; seríamos para sempre as vítimas de suas conseqüências (...). Se não nos obrigássemos a cumprir nossas promessas, jamais seríamos capazes de conservar nossa identidade; seríamos condenados

a errar, desamparados e desnorteados, nas trevas do coração de cada homem, enredados em suas contradições e equívocos – trevas que só a luz derramada na esfera pública pela presença de outros, que confirmam a identidade entre o que promete e o que cumpre, poderia dissipar. Ambas as faculdades, portanto, dependem da pluralidade; na solidão e no isolamento, o perdão e a promessa não chegam a ter realidade: são, no máximo, um papel que a pessoa encena para si mesma" (ARENDT, p.249, 2001). Essas promessas, contudo, não podem apenas se reportar às regras procedimentais descritas pela democracia liberal, elas vão mais a fundo, exigindo de cada homem o desenvolvimento de tal habilidade e a sua projeção nesse espaço plural. Nesse sentido, a democracia seria uma constante dialética entre o perdão e a promessa, em que ambos só adquirem sentido na relação intersubjetiva.

[31] Quando mencionamos expressões tais como "interesse coletivo", "comunidade", "coletividade", "bem-comum", entre outras, não podemos deixar de apontar (ainda que, em função de seus limites físicos, este não seja o espaço para o aprofundamento do tema) para as perplexidades que as cercam. Assim, quando fazemos alusão, com STRECK e MORAIS, à democracia como incerteza, percebemos, igualmente, que esta incerteza é fruto de um crescente esvaziamento de categorias políticas duradouras que, até então, impunham-se como marcos referenciais da ação no plano público (o Estado-nação, a idéia de comunidade nacional, a política tradicional encetada pelos partidos políticos, as relações estáveis entre os empresários capitalistas e os trabalhadores, enfim, tudo aquilo que argutamente BAUMAN quis referir com a expressão *modernidade pesada*). Aliás, em plenos anos 50, em uma verdadeira demonstração de talento analítico e, por que não dizer, de capacidades de predição, HANNAH ARENDT já apontava para o esfacelamento do espaço comum, colonizado pela projeção do privado para o público, o que, por sua vez, criou algo distinto, que ela denomina de "social" (ARENDT, p.59-83, 2001). Esta mesma questão é explorada por BAUMAN em seu provocante livro *Modernidade Líquida*, trazendo à tona o argumento de que o "comum" concentra-se, predominantemente, em tudo aquilo que diz respeito à vida pessoal dos membros da sociedade. O que aparece em seus holofotes são as experiências pessoais de homens e mulheres que podem servir de exemplo ou modelo para a resolução dos problemas pessoais de cada um. Cada vez mais não há distinção entre políticos e celebridades, sobre ambos recai o interesse maior no conhecimento de sua vida privada e não de suas atividades propriamente políticas. O comum tornou-se ainda um espaço de acirramento dos interesses individuais. Um bom exemplo são os centros de consumo, onde as pessoas se encontram fisicamente, mas não estabelecem uma interação mais profunda, sendo as diferenças maquiadas e não enfrentadas (BAUMAN, p.107-127, 2001). Vivemos uma época na qual as pessoas parecem capitular diante da tarefa de reconstruir um espaço comum no qual a alteridade possa florescer e dar vazão a uma organização social verdadeiramente democrática. Desafortunadamente, parece que estamos longe sequer de assumir a importância desse objetivo, preferindo a cumplicidade diante das galopantes violência e miséria. Todas essas inquietações devem estar presentes quando avançamos no estudo do tema conhecido como "publicização do direito privado" (uma das portas de entrada para o tema dos direitos sociais). Na verdade, em que pese todo o empenho jurídico-doutrinário em estabelecer uma vinculação coletiva e pública ao exercício dos clássicos direitos civis (principalmente dos que se referem às relações contratuais e à propriedade), assiste-se à possibilidade presente de um movimento inverso (isto é, de uma "privatização do público"). O direito, contudo, permanece insistindo no necessário discurso da constitucionalização e da publicização, sabedor, porém (ao menos os seus autores mais atentos), de que parece estar nadando contra a maré, e que, talvez, por isso mesmo, deva ser um dos bastiões (fortificado com sua *força normativa*) da aspiração humana de reconstrução da comunidade (ver também o importante estudo de PIETRO BARCELLONA: BARCELLONA, 1996). Uma comunidade que, no entanto, não mais acredita nos contos da carochinha da modernidade clássica e que assume sua condição incerta e sua diversidade.

[32] Nessa mesma direção é que o direito social (por vezes entendido como um terceiro campo jurídico, ao lado do direito público e do direito

privado) também pode ser tido como uma instância de delimitação do público a partir de um sentido mais amplo do que o estatal. Nesse sentido, ver: SILVA FILHO, 2000.

[33] A esse respeito, LÊNIO STRECK é esclarecedor: "O Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social. É nesse sentido que ele é um *plus* normativo em relação ao direito promovedor-intervencionista próprio do Estado Social de Direito. Registre-se que os direitos coletivos, transindividuais, por exemplo, surgem, no plano normativo, como conseqüência ou fazendo parte da própria crise do Estado-Providência. Desse modo, se na Constituição se coloca o modo, é dizer, os instrumentos para se buscar/resgatar os direitos de segunda e terceira gerações, via institutos como substituição processual, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção (individual e coletivo) e tantas outras formas, *é porque no contrato social – do qual a Constituição é a explicitação – há uma confissão de que as promessas da realização da função social do Estado não foram (ainda) cumpridas*" (grifos do autor) (STRECK, p.37, 1999).

[34] BOLZAN deixa claro que, apesar do Estado Democrático de Direito superar o Estado Liberal e o Social, ele incorpora em grande medida suas principais finalidades: "O *Estado Democrático de Direito* tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação *melhorada* das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e, passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o *democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica*. E mais, a idéia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência." (grifos do autor) (MORAIS, p.74-75, 1996).