

Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social

Introdução

Propomo-nos, neste trabalho, a analisar a eficácia de certas regras constitucionais. Especificamente, de regras atinentes à Justiça Social, tal como se encontram estampadas na *Carta de 1967*, com a redação de *Emenda n.º 1*, de 1969.

O objetivo que temos em mira, de conseguinte, não é a crítica dos preceitos existentes. Nem é a propositura de cânones desejáveis para a regência da matéria. Sem em nada contestar o interesse ou a alta valia de estudos que focalizem o tema por estes ângulos, dos quais declinamos, pretendemos cifrar-nos a um plano estritamente técnico-jurídico. Isto é, de compreensão e exegese da norma em vigor, considerada *prisma* de sua eficácia.

Ao lado dos deveres e compromissos com o bem-estar público que incumbem a todos os cidadãos, os advogados são aliciados e colhidos ademais — e sobretudo —, por um dever específico que advém de sua formação jurídica. O dever de perquirir no sistema normativo, até a exaustão, todas as possibilidades aí abertas em prol do atendimento de valores sócio-culturais que a humanidade incorporou em seu processo civilizatório e que, bem por isso, se encontram inevitavelmente vazados nas Cartas fundamentais dos países do mundo civilizado.

Este é um trabalho técnico-jurídico, de compreensão de direito posto.

Por força dele, procura-se exibir toda a potencialidade abrigada num corpo de normas, o que

implica revelar em que medida o regramento existente serve ou pode servir à satisfação de certos escopos, socialmente prezáveis. Além disto, por este meio, muitas vezes ficam desvendadas e denunciadas as eventuais inconstitucionalidades de políticas estatais, de atos normativos ou concretos que são expedidos descuidosamente, não obstante afrontem os vetores decorrentes da norma constitucional.

Finalmente, este tipo de investigação concorre ou pode concorrer na composição e estratificação de uma consciência jurídica nacional em torno da obrigatoriedade de certos mandamentos que parecem votados a um permanente oblióvio. Muitas regras atinentes à justiça social correm o risco de persistirem letra morta se não forem avivadas pela prática dos poderes públicos e especialmente pela prática jurisprudencial. Ora ambas são diretamente influídas pela consciência jurídica existente.

Daí a conveniência da realização e reiteração de estudos que se proponham a aclarar a força normativa de certos preceitos constitucionais que, a um primeiro súbito de vista, podem parecer inócuos e despidos de força cogente. Perseverar em exhibir-lhes a real potestade, contribui para adensar a *juris communis opinio* e termina por influir em sua efetiva positividade fática. É este o meio normal por cuja via se sedimenta o assentimento jurídico sobre a obrigatoriedade de obediência a determinados preceitos, em nome da própria norma instaurada.

Em cada período histórico, os legisladores

constituintes, de regra, incorporam às leis fundamentais aquilo que no período correspondente se consagrou como a mais generosa expressão do ideário da época. Fazem-no, muitas vezes, com simples propósito retórico ou porque não se podem lavar de consigná-los. Mas, animados de reta intenção ou servindo-se disto como blandicioso meio de atrair sustentação política ou de esquivar-se à coima de retrógradas, o certo é que, geralmente, as cartas constitucionais estampam versículos prestigiadores dos mais nobres objetivos sociais e humanitários que integram o ideário avalizado pela cultura da época.

Acresce que o paradigma em que se espelham é o dos centros culturais mais evoluídos. Daí a razão pela qual estes supremos documentos políticos, mesmo quando gestados de forma autoritária, impopular ou antidemocrática, exibem também, em seu bojo, preceptivos iluminados por fulgurações progressistas, humanitárias, deferentes para com a justiça social.

Adolph Merkl já observou que "até o monarca hereditário é apresentado, por uma política e por uma ciência que tratam de justificar a monarquia como ideologia democrática, como um representante de seu povo" (*Teoría general del derecho administrativo*, trad. espanhola, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, p. 441). Não há, estranhar, pois, que os investidos em poder constituintes pelo povo e os que se auto-investem neste papel, por e para se configurarem como representantes do povo, vejam-se na contingência de insculpir na lei suprema um conjunto de dispositivos que exalçam tanto os direitos individuais como os direitos sociais. Ocorre que a forma mais eficiente de torná-los inoperantes na prática, deliberadamente ou não, é desenhá-los em termos vagos, genéricos, fluidos ou dependentes de normação infraconstitucional.

Este modo de regular acaba tirando com uma das mãos o que foi dado com a outra. Termina por frustrar o que se proclamou enfaticamente. Cumpre, em última instância, uma função escamoteadora, tenha ou não esta intenção adrede concebida. Porém, tal resultado ocorre menos porque os preceitos em causa sejam juridicamente débeis, inoperantes de direito, e muito mais por uma inadequada compreensão da força jurídica que lhes é própria. Daí a conveniência de dissipar a errônea inteligência predominante acerca da eficácia ou aplicabilidade destas disposições.

Obviamente, não se imagina que basta atrair a atenção sobre o verdadeiro teor da eficácia que lhes é inerente para solver entraves e dificuldades subscritos em outro sítio: o da realidade sócio-política subjacente. Contudo, pretende-se que a formação de uma consciência jurídica ou sua focalização in-

tensiva sobre a real impositividade normativa das regras constitucionais existentes, concorre para induzir a uma aplicação mais ampla de seus comandos. Pretende-se que pode colaborar para a invalidação ou questionamento estritamente jurídico, ante os Tribunais, da constitucionalidade de leis, atos concretos ou políticas governamentais cujas orientações pelejam à arca partida com o regramento constitucional atinente à ordem econômica e social.

Em suma: acredita-se que não se pode desdenhar, na busca de justiça social, instrumentos que são fornecidos pela própria ordenação jurídica, isto é, que já estão consagrados no diploma básico. Estas, as explicações justificadoras da presente tese.

A Consagração dos direitos sociais

É sabido e assente que o constitucionalismo do século XX marca-se pela superação da perspectiva inerente ao liberalismo individualista do período clássico. As *Constituições*, mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919, são os primeiros sinais expressivos de um ideário novo, de cunho social, cristalizado nas cartas fundamentais.

Nelas está plasmada a concepção de que não basta assegurar os chamados direitos individuais para alcançar-se a proteção do indivíduo. Impende considerá-lo para além de sua dimensão unitária, defendendo-o também em sua condição comunitária, social, sem o que lhe faltará o necessário resguardo. Isto é, cumpre ampará-lo contra as distorções geradas pelo desequilíbrio econômico da própria sociedade, pois estas igualmente geram sujeições, opressões e esmagamento do indivíduo. Não são apenas os eventuais descomedimentos do Estado que abatem, aniquilam ou oprimem os homens. Tais ofensas resultam, outrossim, da ação dos próprios membros do corpo social, pois podem prevalecer-se e se prevalecem de suas condições sócio-econômicas poderosas em detrimento dos economicamente mais frágeis.

A consagração dos direitos individuais corresponde ao soerguimento de uma paliçada defensiva do indivíduo perante o Estado. A consagração dos direitos sociais retrata a ereção de barreiras defensivas do indivíduo perante a dominação econômica de outros indivíduos.

Enquanto os direitos individuais interditam ao Estado o amesquinamento dos indivíduos, os direitos sociais interditam os próprios membros do corpo social que deprimam economicamente ou que releguem ao abandono outros indivíduos menos favorecidos pela fortuna. A estatuição de salário-mínimo, do direito de greve, da repressão ao abuso do poder econômico, da previdência social, em suas distintas

expressões, são mecanismos que retratam este propósito.

Então, por força mesmo destas concepções mais modernas — o Estado ultrapassa o papel anterior de simples árbitro da paz, da ordem, da segurança, para assumir o escopo mais amplo e compreensivo de buscar, ele próprio, o bem-estar coletivo. Não deixa, como dantes, que tal resultado desponte — se despontar — como simples fruto do livre jogo das forças privadas atuantes na sociedade. Passa a coordená-las, engajando-as na busca desta meta, havida, agora, como finalidade estatal, isto é, escopo de toda a coletividade: indivíduos e poder público.

Embora nos Estados que professam a livre iniciativa, os protagonistas centrais da atividade econômica persistam sendo os particulares, hoje coadjuvados pelo poder público, a ação privada já não é concebida como descompromissada com os interesses do todo e de todos (vale dizer: dos vários indivíduos). Pelo contrário, a propriedade privada, a livre iniciativa, a ação econômica dos empreendedores é calibrada para um objetivo comum. É direcionada para desideratos que transcendem os interesses puramente individuais, de sorte a exigir que se compatibilizem com os interesses sociais e, além disso, que concorram para realizá-los. Em suma: são compostos objetivos que se consideram de todos.

Na *Carta Brasileira* estas concepções estão ilustradas modelarmente na estatuição de que a ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social (art. 160).

Conquanto sejam os particulares os personagens estelares do cenário econômico (art. 160, I e 170, § 1º), não se desempenham neste entrecho a seu inteiro talante, pois adstritos ao cumprimento da função social da propriedade (art. 160, III), hão de valorizar o trabalho como condição da dignidade humana (art. 160, II), têm de cingir-se à razoabilidade dos lucros, a respeitar e preservar a concorrência (art. 160, V), sujeitam-se ao pagamento de um salário-mínimo aos trabalhadores (art. 165, I), a acatar um período máximo de jornada de trabalho (art. 165, VI), a conceder férias anuais remuneradas e repouso (art. 165, VIII), a contribuir para a previdência social (art. 165, XVI), a conformar-se com o direito de greve (art. 165, XX), a proporcionar ensino primário gratuito aos empregados e filhos mediante contribuição para o salário-educação (art. 178).

Estes são apenas alguns tópicos, pinçados entre os principais artigos concernentes ao tema, que estão a revelar a existência de um programa constitucional que arregimenta também a livre iniciativa, impondo, a ela e ao Estado, que naveguem num

mesmo caudal de esforço coletivo em prol de interesses sociais, capitulados nitidamente como sendo interesses da sociedade como um todo.

A textualidade das disposições atinentes à matéria social faz desnecessário qualquer empenho em demonstrar que, ao nível da lei maior, existe manifesto comprometimento com a realização da justiça social. O que cumpre perquirir, então, é o teor de obrigatoriedade que resultará, para o Estado e para o corpo social, em suas fragmentárias personalizações, da existência deste compromisso assinalado na *Carta Brasileira*.

A Força jurídica vinculante das constituições

Uma *Constituição*, desde logo, define-se como um corpo de normas jurídicas. De fora parte quaisquer outras qualificações, o certo é que consiste, antes de mais, em um plexo de regras de direito.

A *Constituição* não é um simples ideário. Não é apenas expressão de anseios, de aspirações, de propósitos. É a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas. Em comandos. Em preceitos obrigatórios para todos: órgãos, do poder e cidadãos.

Como se sabe, as normas jurídicas não são conselhos, opinamentos, sugestões. São determinações. O traço característico do Direito é precisamente o de ser disciplina obrigatória de condutas. Daí que, por meio das regras jurídicas, não se pede, não se exorta, não se alvitra. A feição específica da prescrição jurídica é a imposição, a exigência. Mesmo quando a norma faculta uma conduta, isto é, permite — ao invés de exigí-la — há, subjacente a esta permissão, um comando obrigatório e coercitivamente assegurável: o obrigatório impedimento a terceiros de obstem o comportamento facultado a outrem e a sujeição ao poder que lhes haja sido deferido, na medida e condições do deferimento feito.

Uma vez que a nota típica do direito é a imposição de condutas, compreende-se que o regramento constitucional é, acima de tudo, um conjunto de dispositivos que estabelecem comportamentos obrigatórios para o Estado e para os indivíduos. Assim, quando dispõe sobre a realização de justiça social — mesmo nas regras chamadas programáticas — está, na verdade, imperativamente, constituindo o Estado brasileiro no indeclinável dever jurídico de realizá-la.

Além disso, a *Constituição* não é mero feixe de leis, igual a qualquer outro corpo de normas. A *Constituição*, sabidamente, é um corpo de normas qualificado pela posição altaneira, suprema, que

ocupa no conjunto normativo. É a lei das leis. É a lei máxima, à qual todas as demais se subordinam e na qual todas se fundam. É a lei de mais alta hierarquia. É a lei fundante. É a fonte de todo o direito. É a matriz última da validade de qualquer ato jurídico.

À *Constituição* todos devem obediência: o Legislativo, o Judiciário e o Executivo, por todos os seus órgãos e agentes, sejam de que escalão forem, bem como todos os membros da sociedade. Ninguém, no território nacional, escapa ao seu império. Segue-se que sujeito algum, ocupe a posição que ocupar, pode praticar ato — geral ou individual, abstrato ou concreto — em descompasso com a *Constituição*, sem que tal ato seja nulo e das mais grave nulidade, por implicar ofensa ao regramento de escalão máximo.

Uma norma jurídica é desobedecida quer quando se faz o que ela proíbe quer quando não se faz o que ela determina. Sendo a *Constituição* um plexo de normas jurídicas — e normas de nível supremo — é inevitável concluir-se que há violação à *Constituição* tanto quanto se fez o que ela inadmite como quando se omite o que ela impõe. E se omissão houver ficará configurada uma inconstitucionalidade.

Este conjunto de preposições que vimos enunciando parecerá um repositório de obviedades. Timbramos em proclamar estas noções curiais porque freqüentemente são descuradas no exame das situações concretas. E é deste conjunto de obviedades, perfeitamente explicitado, que pretendemos partir para a análise do assunto que nos ocupa.

Todas as disposições constantes de uma *Constituição* inclusive as programáticas, repita-se, não normas jurídicas ou, pelo menos, deve-se partir da presunção de que o sejam. José Afonso da Silva, em seu notável estudo sobre a *Aplicabilidade das normas constitucionais*, registra: "Não há norma constitucional de valor meramente moral ou de conselho, avisos ou lições, já dissera Ruy, consoante mostramos noutra lugar. Todo princípio inserto numa *Constituição* rígida adquire dimensão jurídica mesmo aqueles de caráter mais acentuadamente ideológico-programático, com a declaração do art. 157, da *Carta Política brasileira de 1967*: 'A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social', ou estas: "O Poder Público incentivará a pesquisa científica e tecnológica" (art. 171, parágrafo único): "O amparo à cultura é dever do Estado" (art. 172)" (*Aplicabilidade das normas constitucionais*, Ed. Revistas dos Tribunais, 1968, p. 73).

Daí haver averbado, com igual felicidade: "Temos que partir, aqui, daquela premissa já tantas vezes enunciada: não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos ju-

rídicos, importante sempre numa inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da *Constituição* a que aderem, e na ordenação da nova ordem instaurada" (obra citada, p. 75).

De fato, não faria sentido que o constituinte enunciasse certas disposições apenas por desfastio ou por não sopitar seus sonhos, devaneios ou anelos políticos. A seriedade do ato constituinte impediria a suposição de que os investidos em tão alta missão, dela se servissem como simples válvula de escape para emoções antecipadamente condenadas, por seus próprios emissores, a permanecerem no reino da fantasia. Até porque, se desfrutavam do supremo Poder Jurídico, seria ilógico que, desfrutando-o, houvessem renunciado a determinar impositivamente aquilo que consideraram desejável, conveniente, adequado.

O que se vem de dizer não contende com o reconhecimento de que as normas constitucionais diferem entre si quanto ao teor de aplicabilidade imediata ou quanto à consistência dos direitos que outorgam.

Atendo-nos às disposições sobre justiça social — objeto único das presentes cogitações — percebe-se, já num primeiro relanço, que algumas normas investem os indivíduos, de logo, em direitos de maior consistência ou expressão do que outras o fazem.

É que certos preceptivos constitucionais outorgam imediatamente, sem necessidade de qualquer regramento ulterior, tanto a desfrute imediato e positivo de certos benefícios quanto a possibilidade de exigi-los, se negados.

Sirvam de exemplo, a regra que limita em oito horas a jornada de trabalho (art. 165, VI), a que garante o repouso semanal e nos feriados remuneradamente, (art. 165, VII) ou a que confere liberdade sindical (art. 166). Ditas normas prescindem de qualquer disposição provinda de lei ordinária para seu imediato (a) desfrute positivo e para sua imediata (b) exigibilidade, se desatendido o direito.

De revés, outros versículos constitucionais, em decorrência de sua dicção, dependem de normação infraconstitucional para desprenderem a plenitude dos efeitos a que se destinam e que neles se encontram virtualmente obrigados, isto é, *in fieri*. Também eles, de imediato, deflagram efeitos, porém, de menor densidade que os anteriores. De fato, não outorgam, por si mesmos, o desfrute positivo de um benefício, nem permitem exigir que este venha a ser juridicamente composto e deferido.

Sem embargo, como adiante melhor se verá, permitem os interessados contraporem-se aos atos legislativos e infralegislativos praticados em antago-

nismo com a previsão constitucional. Vale dizer: se não proporcionam sacar uma utilidade positiva, fruível a partir da simples norma constitucional, proporcionam, entretanto, empecer comportamentos antinômicos ao estatuído.

Além disso, e por força disso, surtem a consequência de impor ao exegeta, na análise de quaisquer atos ou relações jurídicas, contenciosas ou não (portanto, submetidas ao Poder Judiciário ou apenas dependentes de aplicação administrativa), o dever jurídico inescusável de interpretá-los na mesma linha e direção estimativa para que aponte o dispositivo constitucional.

É o quanto basta para evidenciar quer a juridicidade e a impositividade destes dispositivos, quer a relevância que apresentam como instrumento defensivo da justiça social. Seria o caso, por exemplo, da regra que estatui, como princípios, a valorização do trabalho como condição de dignidade humana (art. 160, II), a função social da propriedade (art. 160, III), a expansão das oportunidades de emprego produtivo (art. 160, VI).

Em face do exposto, resulta claro que seria equívoco supor que as normas ora cogitadas não investem os interessados em direitos de qualquer espécie.

Estas duas espécies de regras, a que se acaba de aludir neste passo, comportam em seu interior outras disquisições, em atenção a novos aspectos diferenciais. Além disto, não são as únicas espécies tipológicas reconhecíveis no texto constitucional. Com efeito, há, ainda, regras meramente atributivas de competências públicas e das quais não se pode extrair, diversamente das hipóteses anteriores, limitação ou constrangimento algum para seus titulares. Seus efeitos jurídicos são os de conferir poder aos destinatários das competências outorgadas. O único direito que delas procede para os indivíduos é o de que as competências em pauta não sejam exercidas senão pelos sujeitos nelas regularmente investidos.

Parece bem, então, formular um quadro genérico dos distintos tipos de normas constitucionais, e suas subdivisões intestinas, tomando como critério sistematizador a consistência e amplitude dos direitos imediatamente resultantes para os indivíduos. Com efeito, a partir daí será possível examinar-se especificamente a força jurídica, isto é, a eficácia de regras constitucionais atinentes à justiça social e se reconhecerem direitos que efetivamente podem ser invocados, desde logo, pelos interessados.

Espera-se demonstrar, uma vez assentadas, as premissas sobre a tipologia e eficácia dessas normas que surdirão, ao final, conclusões surpreendentes. Isto é, que uma correta análise das dicções

constitucionais, relativas à justiça social, impõe logicamente concluir que, a partir delas e independentemente de normação ulterior, já são invocáveis direitos sociais muito mais amplos e sólidos do que se supõe habitualmente.

O fato de virem sendo subutilizados pelos interessados ou de virem sendo desconhecidos a cotio e a sem fins pelo poder público, não infirma a tese jurídica de que existem e estão disponíveis. Tal fato serve apenas para incitar os estudiosos do direito a transitarem persistentemente por este tema e a buscarem em juízo o reconhecimento efetivo destes direitos postergados, até a consolidação de uma consciência nacional capaz de determinar a positividade fática destes direitos, ao menos quando levados à apreciação jurisdicional.

Classificação das normas constitucionais quanto à imediata geração de direitos para os administrados

Ao examinar-se o tema da aplicabilidade das normas constitucionais, é questão de notável importância perquirir nos dispositivos da Lei Máxima a variedade de espécies reconhecíveis sob o ponto de vista da consistência dos direitos que geram de imediato para os cidadãos. Em suma: é de notável utilidade identificar as distintas posições jurídicas em que os administradores se vêem imediatamente investidos em decorrência das regras constitucionais.

Esta perquirição não coincide com o questionamento sobre a eficácia plena, contida ou limitada dos preceitos da carta maior. Também não se superpõe à análise à auto-aplicabilidade das normas ou sua dependência de regramento ulterior. Outrossim, não confere com a identificação de normas restringíveis ou intangíveis. Todas estas investigações, a que se acaba de aludir, são, certamente, muitíssimo importantes. É provável mesmo que, no fundo, tenham como projeto implícito, subjacente, concorrerem, também, para captar resposta ao questionamento central referido; a saber: "Qual a tipologia e a consistência dos direitos diretamente eduzíveis das normas constitucionais, em prol dos administrados?"

Ocorre, entretanto, que as sistematizações mencionadas não apontam direta e frontalmente para objeto mencionado. Assim, terminam por oferecer modelos de análise que se mostram, em inúmeros casos, inaptos para desatar a questão crucial referida. Pelo menos, é certo que não são montadas em função de critério adrede estabelecido para ressaltar e exhibir, primordialmente, as va-

riedades de normas quanto à consistência da posição jurídica que deferem aos administrados.

Para confirmar essas assertivas, tome-se, por exemplo, o modelo oferecido por José Afonso da Silva em sua excelente sistematização tripartida. Haveria compreensível, mas falaciosa, tentativa de supor que as normas de eficácia plena outorgassem sempre os administrados a posição jurídica de máxima consistência. Deveras: em paralelismo com as de eficácia contida, cujos efeitos podem ser limitados, por regramento ulterior e com as de eficácia limitada cujos efeitos essenciais dependem de ulterior legislação, as normas de eficácia plena deflagram cabalmente seus efeitos em desatada e imediata aplicação, prescindindo de legislação ulterior e repelindo restrições em seu conteúdo.

Nada obstante, em inúmeros casos, as normas de eficácia plena são, precisamente, as que conferem a posição jurídica mais débil para os administrados. Esta espécie de normas tem a peculiaridade de poder gerar tanto a posição jurídica mais forte para os cidadãos quanto a posição jurídica mais fraca.

Basta pensar-se na regra do art. 8º, item XVII, da carta do país, segundo a qual compete à União legislar sobre direito civil ou direito comercial, *verbi gratia*. É norma de eficácia plena. Surte, de logo, todos os seus efeitos que são, precisamente, os de investir a União no poder de editar tais regras. Sem embargo, por força deste preceptivo, os administrados não colhem direito algum, exceto o de que, tal legislação, em sendo editada, só o seja pela União. Vale dizer: os cidadãos não sacam desta regra qualquer utilidade ou benefício. Também não podem exigir que o Legislativo legisle, nem podem — com base nela — obstar a que o faça segundo os rumos ou finalidades tais ou quais, eleitos pelo órgão legiferante.

Antinomicamente, a norma do art. 176, § 3º, item III, impositiva de gratuidade do ensino primário nos estabelecimentos oficiais, e que também é regra de eficácia plena, confere imediatamente aos administrados direito de fruir desta gratuidade e de exigir caso o estabelecimento oficial a viole.

Vê-se, então, que duas normas da mesma compostura tipológica — eficácia plena — geram posições jurídicas radicalmente distintas.

De outro lado, o preceito do art. 153, § 10, garantidor da inviolabilidade do domicílio e impediante de sua superação "fora dos casos e na forma que a lei estabelecer" é norma de eficácia contida. Sem embargo, confere de imediato posição jurídica muito mais consistente que a regra de eficácia plena contida no art. 8º, item XVII, letra b, atribuidora de

competência à União para legislar sobre direito civil ou comercial.

Deveras, não obstante caiba à lei reduzir o campo de abrangência do direito fundamental da inviolabilidade domiciliar, enquanto não o fizer, ou mesmo depois de fazê-lo — pois só poderá demarcar este campo, nunca extingui-lo — o certo é que o art. 153, § 10, traz, por si mesmo, um direito fruível e exigível.

Verifica-se, portanto, que a dissecção entre normas de eficácia plena, contida ou limitada não é instrumento operativo para isolar os distintos teores de consistência da posição jurídica dos cidadãos ante as normas constitucionais.

Isto posto, convém estruturar outro modelo para defrontar o tema. O esquema a ser apresentado não se propõe a contender com os anteriores. É neutro em relação a eles. Não envolve qualquer pronúncia sobre sua acolhida ou rejeição. Com efeito, o critério que vamos adotar é o da investidura, em prol dos administrados, de direitos mais ou menos amplos descendentes direta e imediatamente do texto constitucional. Portanto, o *spiritus rector* da sistematização é diverso.

Com pretender que seja mais operativo para o exame da aplicação das normas constitucionais, no concernente aos direitos argúveis pelos administrados, não se desprezam minimamente outras enunciações teóricas. Longe de depreciar modelos de análise valiosíssimos, com os de José Afonso da Silva (obra citada) ou de Celso Bastos e Carlos Brito (*Aplicabilidade e interpretação das normas constitucionais*, Ed. Saraiva, no prelo), mestres que procuraram aperfeiçoar a ultrapassar a contribuição estrangeira na matéria, procuramos a partir deles e conjugando-os com outros referenciais, buscar um esquema diverso — a nosso ver, mais funcional para os objetivos que nos propomos — porém, altamente deverdor destes preciosos trabalhos.

Advirta-se, por último, que o modelo a ser sugerido não se apresenta com aspirações de representar a cabal solução do tormentoso problema posto em foco. Antes, revela-se, como ensaio, proposto como necessário adjutório para o exame dos direitos sociais invocáveis a partir dos preceitos constitucionais.

Trata-se, pois, de instrumento que tem a pretensão de ser útil, mas que se reconhece ainda tosco e exigente de reflexões muito mais aturadas para ulterior aperfeiçoamento. É um ponto de partida e não um termo de chegada, pois não acende luzes bastantes para iluminar todo um plexo de conceitos e noções cujo meneio seria necessário para a composição de um sistema verdadeiramente refinado cientificamente.

Feitas essas ressalvas, cabe dizer que as normas constitucionais ao disciplinarem certa matéria, atribuindo posições jurídicas em prol dos administrados, podem fazê-lo de modo vário.

Algumas vezes, a norma constitucional: a) Compõe em sua dicção a outorga de um 'poder jurídico', isto é, de uma situação subjetiva ativa cujo desfrute independente de prestação alheia, vale dizer, cuja satisfação não se resolve no cumprimento de uma obrigação a ser solvida por outrem. O bem jurídico protegido é desfrutável, em si mesmo — não como contrapartida de vínculo estabelecido em relação jurídica. Por isso, é concebível fora da relação jurídica. É o sujeito do poder quem, por si próprio, sem o concurso de outrem, frui do bem jurídico deferido.

Na linguagem corrente, inclusive dos juristas e das normas, costuma ser tratado encambulhadamente com os direitos propriamente ditos (ou direitos *stricto sensu*).

Seria o caso do "direito de ir e vir", do "direito de inviolabilidade do domicílio", do "direito à vida", à "incolumidade física" etc.

Estes 'poderes jurídicos', para serem fruídos, não requerem atuação alheia. Requerem uma abstenção, uma omissão, em geral do poder público. Os titulares destes poderes não necessitam que alguém lhes preste algo, mas, pelo contrário, só necessitam que outrem não os embarace, não os turbe. Isto é, requerem, para seu gozo e exercício, comportamento omissivo de terceiros.

As normas que conferem poderes aos administrados, contando que aludam ao sentido nuclear do bem jurídico em que se traduzem, outorgam, de imediato: a) uma utilidade concreta, um desfrute positivo; b) a possibilidade de exigir esta utilidade se for embaraçada ou perturbada por outrem.

Criam, portanto, posição jurídica imediata, de plena consistência ao administrado, prescindindo de qualquer regramento subsequente.

Outras vezes, a norma constitucional: b) Compõe, em sua dicção, o necessário e suficiente para gerar, em prol do administrado, uma concreta utilidade, suscetível de fruição mediante desfrute positivo e que consiste em um direito propriamente dito, isto é, bem jurídico cuja fruição depende de prestação alheia. Daí que se realiza na intimidade de uma relação jurídica e como expressão dela, vale dizer, manifestação funcional específica de cumprimento daquela relação jurídica. Por isso, tal direito de fruição, para ocorrer, depende de que a norma constitucional haja desenhado uma conduta de outrem (geralmente do Estado) em termos que permitam reconhecer qual o comportamento específico

deste terceiro capaz de dar concreta satisfação à utilidade deferida ao administrado.

Tome-se, por exemplo, o art. 176, § 3º, item III, da *Carta de 1969*: "O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas oficiais de grau primário e médio".

A simples existência deste preceito, sem necessidade de qualquer outra regra subsequente, já garante, de imediato, o direito a fruir de ensino religioso e de exigir que seja ministrado, caso os estabelecimentos oficiais referidos o omitam.

A norma indica quem é obrigado e caracteriza, de modo suficiente, a conduta devida cujo implemento satisfaz o direito concedido.

Verifica-se do exposto que em ambos os casos até agora tratados — outorga de 'poder' e outorga de direito (graças à suficiente descrição da conduta alheia que o satisfaz) — a posição jurídica do administrado é plenamente consistente, desde a regra constitucional. Ela atribui, de imediato, nas duas hipóteses: a) o desfrute positivo de uma concreta utilidade e b) o poder jurídico de exigir este desfrute, se turbado por terceiro ou negado por quem tinha que satisfazê-lo.

Contudo, a regra constitucional, pode ainda limitar-se tão-somente a: a) Expressar em sua dicção apenas uma finalidade a ser cumprida obrigatoriamente pelo poder público, sem, entretanto, apontar os meios a serem adotados para atingi-la, isto é, sem indicar as condutas específicas que satisfariam o bem jurídico consagrado na regra.

Seria o caso, por exemplo, do art. 175: "A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos".

O mesmo se dirá da regra que estatui ser princípio da ordem econômica-social a "função social da propriedade".

Nestas hipóteses, a posição jurídica dos administrados é menos consistente que nos casos anteriores, pois não lhes confere fruição alguma nem lhes permite exigir que se lhes dê o desfrute de algo.

Sem embargo, tais regras não são irrelevantes. Assim, desde logo, permitem deduzir que é proibida a edição de normas ou a prática de comportamentos antagônicos ao disposto no preceptivo, pois seriam inconstitucionais. Permitem ainda concluir que, por força de seus enunciados, a Administração, ao agir, terá de comportar-se em sintonia com as diretrizes destes preceitos e o Judiciário, ao decidir sobre qualquer relação jurídica, haverá de ter presente estes vetores constitucionais como fator de inteligência e interpretação da relação jurídica *sub judice*.

Donde, é possível concluir que as regras em apreço conferem, de imediato ao administrado direito a: a) opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou à prática de comportamentos que o atinjam, se forem contrários ao sentido do preceito constitucional; b) obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direcção preconizados por estas normas, sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais protegidos por tais regras.

Apontados os tipos de normas quanto à consistência dos direitos que delas procedem para os cidadãos, vejamos agora, brevemente, as divisões internas que comportam as normas outorgadoras de poderes e direitos imediatamente fruíveis e exigíveis.

Ambas admitem duas espécies: a) direitos ou poderes insuscetíveis de restrição; b) direitos ou poderes restringíveis por lei ordinária.

A distinção em apreço, enfatizada por Celso Bastos e Carlos Brito, resulta de que, às vezes, a própria regra constitucional que os prevê, prevê também que a lei disporá sobre a matéria de molde a definir-lhes a extensão. Como o texto da lei maior os constitui sem ressalva — excetuada a que resultar da lei presumida na própria dicção constitucional — ao ser editada a regra prevista, o direito ou poder originalmente outorgado sofre redução em sua esfera.

É o caso por exemplo do art. 165, item XXI, que reconhece o "direito" de greve (que aliás, é um "poder" jurídico), salvo o disposto no art. 162. Como o art. 162 proíbe greve nos serviços públicos e "serviços essenciais definidos em lei", a edição desta norma reduzirá o alcance do "direito" em apreço. O mesmo se dirá do direito previsto no art. 165, item VI, que limita a jornada de trabalho a oito horas, "salvo casos especialmente previstos".

Anotese que o surgimento destas leis não é condição para que o direito constitucionalmente outorgado possa ser fruído — como bem observou José Afonso da Silva. Tem razão o ilustre mestre. Tal direito preexiste à edição das regras infraconstitucionais. Passa-se, isto sim, que sua compostura é mais ampla neste momento e sofre compreensão ulterior, quando da produção das regras autorizadas. Daí por que Celso Bastos e Carlos Brito caracterizaram tais regras constitucionais como restringíveis.

Em oposição a elas, tem-se, por exemplo, a do art. 165, item XX, que prevê a aposentadoria da mulher com trinta anos de trabalho e salário integral. Esta forma de regramento não abre espaço para que a lei venha a restringir o direito.

As normas que outorgam direitos imediatamente fruíveis e exigíveis também reclamam o seguinte discrímem: a) normas que delimitam com

exatidão o conteúdo do direito, porque a dicção constitucional se vale de expressões inelásticas, isto é, de significado preciso; b) normas que delimitam aproximadamente o conteúdo do direito, porque a dicção constitucional vale-se de expressões elásticas, isto é, de significado algo fluido e impreciso.

É do primeiro tipo a regra que defere ao trabalhador direito a repouso remunerado nos feriados civis e religiosos, estatuída no art. 165, VII.

É do segundo tipo a norma do art. 165, X, que proíbe o trabalho das mulheres e menores em indústrias insalubres e o trabalho noturno de menores.

Não seria exato considerar necessária a especificação por lei do que é indústria "insalubre" ou do que é trabalho "noturno", para que os direitos contemplados no preceptivo referido possam, desde logo, ser havidos como imediatamente defluentes do texto constitucional e exigíveis pelo interessado. Deveras, o conteúdo das expressões insalubre e noturno pode ensejar algum questionamento, porém: sempre dentro de certos limites, vez que, em inúmeros casos, será indiscutível a insalubridade da indústria ou o carácter noturno do trabalho. Ora, desde o instante em que é reconhecível um significado central, incontroversível, da palavra, nenhuma razão existe para diferir a aplicação do preceito para o instante em que norma ulterior venha a recortar o campo de suas fronteiras mais estendidas.

Por certo é da mais indubitável conveniência que a legislação dissipe as áreas brumosas destes conceitos e precise, com rigor, o alcance exato de cada um deles. Daí não se segue, entretanto, que os interessados fiquem impedidos de fruir tais direitos — e de exigí-los, judicialmente, se desatendidos — caso os poderes públicos forem inertes na emissão das providências especificadas ou se derem aos conceitos utilizados pela linguagem constitucional dimensão inferior ao significado mínimo que podem comportar numa intelecção normal razoável.

A este propósito calham à fiveleta as lições do jusfilósofo Genaro Carrió (Notas sobre *Derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, 1972, pág. 29), reportando-se à área de imprecisão dos conceitos: "*Todo cuanto podemos decir es que hay casos centrales o típico frente a los cuales nadie vacilaria en aplicar la palabra, y casos claros de exclusión respecto de los cuales nadie dudaria en no usarla. Pero en el medio hay una zona más o menos extendida de los casos posibles frente a los cuales, cuando se presentán, no sabemos que hacer*".

Segue-se que, nada obstante existam situações fronteiriças, penumbrosas, onde proliferam incertezas, há também áreas de inquestionável certeza sobre o cabimento do conceito. Aliás, se não existissem tais áreas, as palavras seriam meros rú-

dos sem qualquer conteúdo. Não seriam signos a dizer, significantes, e a comunicação humana tornaria-se impossível.

Logo, deflui disto, que a imprecisão ou fluidez das palavras constitucionais não lhes retira a imediata aplicabilidade dentro do campo indubitado de sua significação. Supor necessidade de lei para delimitar este campo, implicaria outorgar à lei mais força que à Constituição, pois deixaria sem resposta a seguinte pergunta: De onde a lei sacou a base significativa para dispor do modo em que o fez, ao regular o alcance do preceito constitucional?

É puramente ideológica — e não científica — a tese que faz depender de lei a fruição dos poderes ou direitos configurados em termos algo fluidos.

Outrossim, é importante realçar que, no direito privado, no direito penal ou processual, jamais se questionou caber ao Judiciário o reconhecimento das fronteiras destes conceitos fluidos, que são comuns em todas as províncias do Direito.

A respeito, vem a talho o seguinte escólio da Garcia de Enterría (*Curso de derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1974, vol. I, págs. 293-294): “*La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados (que, no obstante su nombre, un tanto general, son conceptos de valor o de experiencia utilizados por las Leyes) es común a todas las esferas del Derecho. Así en el Derecho Civil (buena fe, diligencia del buen padre de familia, negligencia etc), o en el Penal (nocturnidad, alevosía, abusos deshonestos etc), o en el Procesal (dividir la continuancia de la causa, conexión directa, pertinencia de los interrogatorios, medidas adecuadas para promover la ejecución, perjuicio irreparable etc) o en el Mercantil (interés social, sobrescimito general en los pagos etc).*”

Ora bem, se em todos os ramos do direito as normas fazem uso deste tipo de conceitos, sem que jamais fosse negado caber aos juízes fixar seu alcance nos casos concretos, — o que está a demonstrar a possibilidade de sacar deles uma certa significação — por que negar que possam fazê-lo quando se trata de extrair o cumprimento da vontade constitucional? Por que imaginar necessário que o Poder Legislativo disponha sobre a matéria para, só então, considerar o Poder Executivo ou terceiro obrigado a respeitá-los em matéria de liberdades públicas ou de direitos sociais?

A explicação é simples. Ainda aqui comparece uma posição ideológica, autoritária, às vezes inconsciente de que nada mais representa senão reminiscência de um autocratismo privilegiador do Estado, mera reverbação enaltecadora de prerrogativas regalgadas.

Ao cabo da exposição feita, cabe endereçar os

critérios sugeridos ao tema da justiça social na *Constituição*. Por força das explicações procedidas, a análise da aplicabilidade das regras constitucionais concernentes a tal matéria resulta em trabalho simples e forçosamente sintético. É mera aplicação das noções previamente esclarecidas e por isso pode ser feita com grande brevidade.

A Justiça social na Carta Constitucional do país

O tema da justiça social está contemplado, sobretudo, nos arts. 160 e 165 da lei maior. Este último arrola os direitos mínimos do trabalhador no Brasil.

Ambos os preceptivos são de máxima relevância, contudo, há também outros versículos de grande significação. Sirva de exemplo o art. 162, atinente ao direito de greve, ou ainda, certos dispositivos dentro do título relativo à família, educação e cultura. Alguns deles cumprem função de assinalado realce para efetivar-se a justiça social. É o caso do art. 176, item II, que assegura gratuidade nos estabelecimentos oficiais de ensino primário e no item III estende este benefício, no ensino médio e superior, aos que provarem efetivo aproveitamento e falta ou insuficiência de recursos.

Não se pretende fazer exame exaustivo das várias disposições interessantes ao tema, porém, contemplá-las genericamente e colher algumas das mais expressivas, quais amostras demonstrativas da aplicabilidade das normas constitucionais, segundo o teor de consistência dos direitos que geram para os cidadãos.

Cumprе ressaltar que o título III da *Carta* — cuja rubrica é da Ordem Econômica e Social — abre-se com o artigo 160, o qual estabelece:

“A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a Justiça Social com base nos seguintes princípios: I — liberdade de iniciativa; II — valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III — função social da propriedade; IV — harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção; V — repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros; VI — expansão das oportunidades de emprego produtivo”.

Registre-se que embora o artigo fale em desenvolvimento nacional e justiça social, não privilegiou o primeiro (desenvolvimento), em relação à segunda, pelo fato de havê-lo mencionado antes. Pelo contrário, a conclusão deverá ser outra, já que os princípios arrolados privilegiam a justiça social. Vale dizer: a *Carta* impõe desenvolvimento que se faça com atenção àqueles ditames de Justiça. Este é o

modelo de desenvolvimento proposto na lei máxima. E imposto.

Deveras, a primeira observação a ser feita é a de que embora a forma gramatical estampada no preceito seja enunciativa ('ordem econômica e social tem por fim'), sua função, evidentemente, por se tratar de norma jurídica, é prescritiva. Vale dizer: expressa um comando. Semanticamente enuncia um 'dever ser'. Assim, o que nela está disposto é que a ordem econômica e social deverá realizar a justiça social e o desenvolvimento nacional e que para fazê-lo deverá obedecer aos princípios relacionados nos itens I a VI.

Em suma, o que o artigo 160 faz é obrigar, impor, exigir que a ordem econômica e social se estruture e se realize de maneira a atender os objetivos assinalados. Igualmente obriga, exige, impõe, que a busca destas finalidades obrigatórias se faça por meio de certos caminhos, também obrigatórios: aqueles estampados nos itens referidos, os quais são erigidos ao nível de princípios.

Princípio, já averbamos de outra feita, "é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes, o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico" (*Ato administrativo e direitos dos administrados*, Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 87).

Sua relevância e sua supremacia sobre as normas ordinárias foram admiravelmente apreendidas por Agustín Gordillo nas seguintes luminárias palavras: "*Diremos entonces que los principios de derecho público contenidos en la Constitución son normas jurídicas, pero no sólo eso: mientras que la norma es un marco dentro del cual existe una cierta libertad, el principio tiene sustancia integral. La simple norma constitucional regula el procedimiento por el que son producidas las demás normas inferiores (ley, reglamento, sentencia) y eventualmente su contenido: pero esa determinación nunca es completa, ya que la norma superior no puede ligar en todo sentido y en toda dirección al acto por el cual es ejecutada; el principio, en cambio, determina en forma integral cual ha de ser la sustancia del acto por el cual se lo ejecuta.*

La norma es limite, el principio es limite y contenido. La norma da a la ley facultad de interpretarla o aplicarla en más de un sentido, y el acto administrativo la facultad de interpretar la ley en más de un sentido axiológico, de valoración, de espíritu. El principio exige que tanto la ley como el acto administrativo respecten sus límites y además tengan su

mismo contenido, sigan su misma dirección, realicen su mismo espíritu.

Pero, aún más, esos contenidos básicos de la Constitución rigen toda la vida comunitaria y no solo los actos a que más directamente se refieren o a las situaciones que más expresamente contemplan (Introducción al derecho administrativo, 2 ed., Abeledo-Perrot, 1966, p. 176-177).

Eis a razão por que em outra oportunidade assinalamos: "Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão dos seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra" (*Ato administrativo e...*, citado, p. 88).

Segue-se que todas as leis, decretos-leis e todos os atos administrativos hão de perseguir o desenvolvimento nacional e a justiça social e hão de pautar-se, obrigatoriamente, pelos princípios mencionados no art. 160, sob pena de serem inconstitucionais, naquilo em que traduzirem descompasso com as finalidades estatuídas e com os princípios a que se devem ater.

Outra conclusão seria impossível, salvo negando-se o próprio direito. Não há, pois, qualquer possibilidade de serem validamente produzidos leis, decretos-leis, regulamentos, resoluções ou atos concretos do Executivo se estiverem em desarmonia com as regras mencionadas.

Ora bem, quando um ato é inválido o direito o rechaça. Se nulo, o Poder Jurídico, ao apreciar uma lide, deve fulminá-lo *ex officio*; se anulável, terá de fazê-lo sob provocação da parte. Outrossim, a Administração, ao conhecer de vício em ato seu, deverá *sponte propria* ou instigada por terceiro, eliminá-lo do universo jurídico, repudiando atos nulos ou anuláveis que estejam a macular o texto constitucional.

Desde logo, o art. 82 configura como crime de responsabilidade do Presidente da República a prática de atos que atendem contra a Constituição e, especialmente contra — entre outros valores — "o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais".

Donde, qualquer ato do Chefe do Executivo que transgrida as finalidades da Ordem Econômica e Social e viole os princípios arrolados no art. 160, ou os direitos sociais do trabalhador, aloja-se, *in abstracto*, no campo sancionado pelo art. 83, sempre que

implique atentado ao exercício destes direitos — como o “direito” de greve, por exemplo. Ademais, o art. 119, n.º II, letra e, prevê a ação direta de declaração de inconstitucionalidade quando se tratar de lei ou ato normativo, a ser movida pelo Procurador-Geral da República e julgada pelo Supremo Tribunal Federal. Isto significa que a própria lei maior estabelece o dever de serem expurgados do sistema os atos normativos praticados em desacordo com suas disposições.

Mas não só isto. Em muitos casos o ato inconstitucional, sobre ofender a ordem jurídica, implicará lesão ao patrimônio público. E aí haverá lugar para a propositura de ação popular, contemplada no art. 153, § 31.

Creio que o conceito de lesão ao patrimônio público deve ser entendido dentro de balizas mais dilatadas que as reconhecidas habitualmente para seu alcance. Estamos em que procede a tese segundo a qual esta via jurídica não autoriza mera defesa do direito objetivo, independentemente de qualquer gravame ao patrimônio público. Sem embargo, não nos parece, ante a índole do instituto, que o conceito de patrimônio público deva ser considerado com vistas acanhadas ou com mirada pedestre.

Não há razão substante para isto. Também é patrimônio público, o patrimônio cultural — que não se expressa apenas em monumentos históricos, em edificações significativas, em documentos valiosos para nossa tradição. É patrimônio cultural de um povo, também — e sobretudo — aquele que encarna valores cívicos e sociais transcendentais. Tal patrimônio expressa-se em valores espirituais, consagrados, outrossim, pelo Direito, e encarna bens tão estimáveis ou mais estimáveis que as realizações materiais nas quais se incorporaram outros interesses elevados.

O respeito à dignidade humana, estampado nos direitos sociais, é patrimônio de suprema valia e faz parte, tanto ou mais que algum outro, do acervo histórico, moral, jurídico e cultural de um povo. O Estado, enquanto seu guardião, não pode amesquinhá-lo, corrompê-lo, dilapidá-lo ou dissipá-lo.

Se, para fins de ação popular, o patrimônio ecológico — por ser o campo de ambiência humana — é reconhecido como incluso no conceito de patrimônio público, não há negar que dentro deste conceito cabem interesses ainda mais fortes, porque dizem respeito ao próprio homem e não simplesmente ao que lhe é exterior.

Então, haverá que distinguir as normas de mera organização e as normas em que se encerram bens, interesses, que são os produtos expressivos da cultura de um povo. Entre estas, indubitavelmente, encontram-se as normas relativas à justiça social.

A ação popular não é meio de defesa da legalidade *sic et simpliciter*. Porém, sendo via de defesa do patrimônio público, entendemos forçoso concluir que está plenamente juridicizada a possibilidade de atacar-se, por este meio, ato que lese este patrimônio comum do povo brasileiro: a justiça social, tal como estampada no diploma superior do país.

Feitas estas considerações de ordem geral, debrucemo-nos sobre alguns preceitos do artigo 160, em seus vários itens.

O inciso II estabelece obrigatória a “valorização do trabalho como condição da dignidade humana”.

Esta regra não é apenas — embora também o seja — um comando para o legislador e uma diretriz inafastável quer para o Executivo, na produção de sua política econômica e social, quer para os empregadores. Ela é — mais que simples programa — fonte de direito subjetivo para o trabalhador. Quer-se dizer: qualquer ato, normativo ou concreto que traduza desrespeito à valia do trabalho como condição da dignidade humana, será inconstitucional e estará, desde logo, transgredindo direito de todos e de cada um dos indivíduos atingidos.

Donde, qualquer trabalhador pode comparecer a juízo para nular o ato assim gravoso, sem necessidade de fundar-se em qualquer dispositivo específico outro que não este mesmo, do art. 160, II.

Deveras, a carta constitucional não pode valer menos que uma lei, que um regulamento ou uma Portaria do Ministério do Trabalho.

Se o texto constitucional proclama que “a valorização do trabalho é condição da dignidade humana” e erige esta noção em princípio, vale dizer, em cânone mais forte que simples regra, ele é invocável como supedâneo imediato de uma pretensão jurídica.

É puramente ideológica — e não científica — a suposição de que este preceito necessitaria de ulteriores especificações para embasar oposição a atos descompassados com tal mandamento.

Nem se diga que está em pauta conceito vago, fluido, impreciso e por isso carente de especificação legal. Já se anotou que os conceitos desta ordem são comuns nas regras jurídicas e têm, todos eles, um núcleo significativo extremo de dúvidas. Por isso ao Judiciário cabe conhecer de seu alcance para aplicação do direito no caso concreto. Não há supor que a inteligência judicial seja, de direito, e muito menos de fato, desamparada de luzes bastantes para extrair deste preceptivo a dimensão que tem. Falece razão lógica prestante para preservar ao Legislativo a compreensão de um mandamento constitucional e a assinatura de sua amplitude.

O artigo 160, item III, decide que a propriedade terá 'função social'. Por idênticas razões, os cidadãos atingidos por atos do poder público que façam — como muitas vezes fazem — *tábula rasa* deste cânone, poderão invocá-lo para obstar atos agressivos ao comando em pauta. Havendo, como há, largos tratos de terras públicas devolutas sem qualquer utilização por decênios, é inconstitucional legitimar, por este ou por aquele meio, pessoas ou empresas abonadas, na posse ou propriedade delas, sempre que isto implique desalojar modestos posseiros que ali residam.

Cabe, em nome da função social da propriedade — que este é o mínimo de sentido atribuível à expressão — reconhecer precedência para estes na ocupação e permanência na terra. Para supeditar esta precedência basta o artigo 160, III, que é igualmente suficiente para embasar a nulidade de medidas que conflitem com a função reconhecível à propriedade. Por isso, é defesa hábil e suficiente, de direito, a invocação deste preceito para a garantia, em juízo, dos economicamente desamparados em situações desta espécie. E o Poder Judiciário estará dando cumprimento a sua missão específica se fulminar, com fundamento na carta constitucional, providências incompatíveis com o sentido daquela regra do art. 160.

Ainda aqui, a fluidez do conceito função social não é causa bastante para considerá-lo de valência nula. Recusar-lhe algum conteúdo, implicaria sacar do texto o que nele está. Corresponderia a ter como não escrito o que ali se consignou. Equivaleria a desmanchar, sem título jurídico para tanto, um princípio apontado como cardeal no sistema. Donde, no interior do campo significativo irrecusável comportado pela expressão função social é dever do Judiciário, sob apelo do interessado, fazê-lo aplicável nas relações controvertidas.

O item V do art. 160 impõe a "repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros".

É óbvio que esta regra foi prevista em benefício de toda a coletividade, mas, por isso mesmo, deve-se considerar que gera direito subjetivo público para os indivíduos — que são, afinal, os componentes da coletividade.

Não cabe, aqui, digredir sobre a noção de direito subjetivo tanto mais por ser conceito que propõe acesas controvérsias. Cabe, apenas, registrar que é preciso aturado precató para não fazer dele, sob capa de rigorismo técnico, mero instrumento de visão ideológica desamparada de bom fomento jurídico. A observação quadra porque é de uso receber tal noção, no direito público, em termos mais estriti-

tos do que se faz no direito privado. Forjam-se discussões que lhe dão dimensões mais angustas que as toleradas pelas exigências contidas na índole do Estado de direito.

Às vezes, quer-se supor ausente a legitimação do administrado para assujeitar o poder público à lei, *sob color* de que a regra violada está a tutelar interesses de toda a coletividade, concebida *in abstracto* e não diretamente dos indivíduos, de onde se extrai a carência de direito subjetivo para postular judicialmente o império da norma.

Cumpra advertir — com Eduardo Garcia de Enterría — que, no Estado de direito, "*La legalidad de la Administración, no es así una simple exigencia ella misma, que pudiese derivar de su condición de organización burocrática y racionalizada; es también, antes que eso, una técnica de garantizar la libertad* (obra citada, p. 46).

Por força disto, impende reconhecer que as disposições constitucionais balizadoras da ação do Estado são mecanismos prepostos a conter certos rumos estatais, em prol dos indivíduos e a direcionar-lhe as condutas para certos rumos, em prol dos cidadãos. Donde serem, eles mesmos, indivíduos, titulares de direitos à obediência destas regras que assujeitam o poder público.

Calçado nestas premissas, temos por certo que aos administrados assiste direito de propor ação anulatória de atos — ou de política — do Executivo que favoreça o domínio dos mercados ou que concorra para o aumento arbitrário dos lucros, ou que faculte elevações injustificadas de preços controlados pelos próprios organismos estatais.

O item VI do art. 160 consagra como princípio estrutural da ordem econômica e social a "expansão das oportunidades de emprego produtivo".

Em decorrência deste preceito não pode existir validamente política econômica que deprima as oportunidades de expansão de emprego produtivo. Portanto não pode, validamente, ser desenvolvida política econômica que se oriente por uma linha geradora de retração na oferta de empregos produtivos.

Dentre as teóricas alternativas econômicas à disposição do Estado, esta é vedada. Todas as vias têm que ser percorridas, sacrificando-se, se necessário, outros interesses, para evitar-se rumo que implique ofensa aos princípios do art. 160.

É inconstitucional a eleição de caminho econômico que atente diretamente contra o objetivo de realizar a justiça social ou que agrida qualquer dos itens do artigo 160. Assim, é inconstitucional a sucessão de atos (que compõem uma política) nos

quais se assume, previamente, um resultado proibido pela carta máxima. Por chocante que seja a conclusão não há negá-la ante a clareza da regra estampada no diploma do país.

Por ser inconstitucional enveredar por caminho que leva, cientemente, à retração na oferta de emprego produtivo, qualquer trabalhador, provavelmente vitimado por esta política, pode propor ação anulatória dos atos que diretamente concorrem para o resultado proibido.

É isto que resulta do art. 160, VI, a menos que se o considere não-escrito, inexistente, de valor nenhum. Ou que se queira considerá-lo um comando originalíssimo: um comando que o comandado cumpre apenas se quiser fazê-lo: a seu talante.

Todas as regras examinadas pertencem à categoria, dantes referida, em que apenas são explicitados fins, sem indicação dos meios previstos para alcançá-los. Por isso, não chegam a conferir aos cidadãos utilidade substancial, concreta, fruível positivamente e exigível quando negada. Sem embargo, consoante deixou-se dito nos tópicos próprios, são fontes de direitos, porque têm o alcance de (a) proporcionar aos administrados a possibilidade de se oporem, judicialmente, ao cumprimento de regras e à prática de comportamentos adversos ao estatuído na Carta do País, além de (b) imporem ao Judiciário, quando da interpretação e dicção do Direito nos casos concretos, decisões que convirjam na mesma direção e sentido destes preceitos — resultando daí a proteção constitucional aos administrados.

Consideremos, agora, hipótese distinta. Examinemos regra inclusa na categoria das normas que geram utilidade substancial, positivamente fruível pelos cidadãos, porque descritiva da conduta alheia que, uma vez implementada, realiza a satisfação do bem jurídico outorgado pela carta do país.

Como visto, tais regras geram, de imediato (a) direito à fruição de utilidade deferida e (b) direito a exigí-la judicialmente, se negada.

Exemplo dela pode ser recolhido no artigo 165, I:

“Art. 165 — A *Constituição* assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social: I — salário-mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as suas necessidades normais e as de sua família”.

Num primeiro súbito de vista pode parecer que a regra, para ser operativa, depende de lei fixadora de critérios para definição do salário-mínimo. E pode parecer, também, que o salário-mínimo fixado pelo Executivo é indiscutível. Entretanto, nenhuma destas suposições seria exata.

Deveras: o mandamento descreve a utilidade a ser fluída — salário capaz de satisfazer as necessidades normais de um trabalhador e sua família, conforme as condições da região. A conduta devida, conquanto implícita, é decorrência imediata da textualidade da norma: pagar salário que atenda aos requisitos mencionados.

Segue-se que para operatividade do preceito nada mais é indispensável senão que o empregador efetue tal paga. Sem dúvida é de todo conveniente que a lei estabeleça critérios e que o Executivo fixe — como o faz — o mínimo devido. Nada obstante, se houvesse omissão legal ou do Executivo, caberia a qualquer trabalhador a quem fossem pago salário abaixo do indispensável para atendimento das necessidades normais, acionar seu empregador para que cumprisse o dever constitucional. E o *quantum* devido seria fixado pelo juiz da causa, que nisto exerceria função nada diferente da que lhe assiste em inúmeros casos em que, por dever de ofício, reconhece o alcance e a extensão de outros conceitos vagos e imprecisos. Assim, quando fixa o “justo preço” de uma indenização ou quando arbitra “quantia módica”, ou quando estabelece a cabível pensão alimentar “na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada” ou quando verifica se alguém cuidou da coisa entregue em comodato “como se sua fora”, o que está a fazer é pura e simplesmente determinar o conteúdo destas noções fluídas.

Mas não só isto. Se decreto estabelecer salário-mínimo inferior às necessidades normais de um trabalhador e sua família — como de regra, acontece — estará violando direito constitucional à paga que é devida ao trabalhador e garantida pela lei máxima (“A *Constituição* assegura aos trabalhadores...”).

Uma vez que o Estado é o responsável pela norma fixadora do salário-mínimo devido, caso viole o piso constitucionalmente imposto, haverá editado decreto nulo e se tornará o responsável direto pela diferença de valor subtraída inconstitucionalmente ao trabalhador. Assujeitar-se-á, pois, à ação de responsabilidade pelos danos que causou, sem prejuízo do direito dos trabalhadores buscarem, nas vias judiciais, mediante dissídio coletivo, o reconhecimento *in concreto* do salário-mínimo que lhes cabe por força da regra constitucional.

Deveras, não há tergiversar. Desde que a carta do país garante salário obediente a certos padrões, o trabalhador faz jus a ele. “Necessidades normais” não é conceito inapreensível. Não é expressão cabalística, de ocultismo, pertencente ao reino das coisas que escapam à compreensão humana. Aliás, se o fora, o texto maior não a haveria mencionado. Trata-se, pois, de noção acessível à mente humana.

Tudo se resume, portanto, em análise fática daquilo que compõe ou necessita compor o quadro das despesas correntes de um homem e sua família, em certa época e região, para que possam ter existência digna. Com efeito, há, com visto, no art. 160, item II, um referencial a ser computado para apreensão do salário capaz de satisfazer as necessidades normais. O versículo em tela estatui a "valorização do trabalho como condição da dignidade humana". Onde, resulta evidente que estará fora do conceito de salário capaz de atender as "necessidades normais", o salário que não compuser o suficiente para uma vida digna.

Sem dúvida, a noção do que sejam 'necessidades normais', a serem satisfeitas por um salário, comporta alguma dissensão, certa controvérsia, um *quantum* de dúvidas, pelo que não se pode, com precisão capilar, antecipar definição de fronteiras milimetricamente demarcadas. Entretanto, se isto é verdade, não menos verdadeiro é que as dúvidas e controvérsias se localizam nas franjas do conceito e não em sua zona central, nuclear.

Há um halo de incerteza, uma auréola brumosa. Todavia, esta região fluida circunda um campo central denso de conteúdo significativo, onde a intelecção se instala com firmeza. Vale dizer: há um limite dentro do qual não se poderá duvidar do uso próprio e pertinente da palavra e também um limite a partir do qual não se poderá duvidar do uso impróprio e abusivo da palavra. Ao Judiciário cabe dizer sobre isto. Ao respeito, calha uma observação postrema.

Supor que é o Legislativo, e só ele, o titular da dicção do critério sobre o que seja o salário-mínimo — e não o Judiciário — implica proferir um absurdo jurídico incapaz de resistir à mais superficial análise. E muito pior seria atribuir ao Executivo exclusividade na inteligência de qual seria *in concreto* o salário-mínimo cabível nas diferentes regiões do país.

O intérprete das normas — quem diz a verdade jurídica — não é o Legislativo, nem o Executivo, mas o Judiciário. Ora, as disposições constitucionais são normas. Assim, o titular do poder jurídico de dizer sobre elas é, pois, o Judiciário.

E em nosso sistema sua pronúncia incide quer sobre normas legais, quer sobre normas constitucionais, tanto que, qualquer juiz, *incidenter tantum*, emite juízo acerca da constitucionalidade de leis, ao decidir situações contenciosas. Além disso, entre nós, existe até mesmo a declaração de inconstitucionalidade de lei, em tese pelos Tribunais. Ademais, é próprio do Judiciário averiguar se um ato administrativo está ou não conforme às normas.

Outrossim, pretender que a invocação de uma

garantia constitucional depende de lei ou, ainda mais grave, de decreto, implicaria reconhecer maior força à lei e ao decreto que à *Constituição* — o que seria um dislate. E pretender que a definição legal existente ou a fixação específica do salário-mínimo é irrecusável, corresponderia ao dispautério de atribuir ao Legislativo ou ao Executivo o monopólio da interpretação das normas constitucionais, quando sequer lhes pertence, como função, a tarefa interpretativa.

A interpretação que o Legislativo faz da lei maior é simples condição do exercício de sua missão própria: legislar dentro dos termos permitidos. Nisto não se diferencia da interpretação das leis que o Executivo necessita fazer para cumpri-las. Porém, nem um nem outro têm a função jurídica de interpretar normas. A interpretação que fazem é itinerário lógico irremissível para o cumprimento de outras funções. Diferentemente, o único ao qual assiste — e monopolisticamente — a função de interpretar normas, para aplicá-las aos casos concretos, é o Poder Judiciário.

Por tudo isto, é irrecusável o direito dos cidadãos a postularem jurisdicionalmente os direitos que decorrem das normas constitucionais reguladoras da justiça social, captando de suas disposições, conforme caso, (a) ou a garantia do exercício de poderes — como, por exemplo, os relativos ao 'direito' de greve — ou (b) a satisfação de uma utilidade concreta a ser satisfeita pela prestação de outrem — como o salário-mínimo ou o salário-família, *exempli gratia* — ou (c) a vedação de comportamentos discrepantes dos vetores constitucionais — como a anulação de atos agressivos à função social da propriedade ou à expansão das oportunidades de emprego produtivo.

Consoante esclarecido, inicialmente, o objetivo deste trabalho não é o exame das várias disposições constitucionais atinentes à justiça social, porém a análise de seus distintos teores eficaciais. Assim, cabe, agora, apontar, sinteticamente, as conclusões emergentes, propiciadas pelo tipo de abordagem temática adotado.

Conclusões genéricas:

1. Por força do art. 160 da carta constitucional, toda a ordenação jurídica do País, assim como todos os atos concretos do poder público interferentes com a ordem econômica e social, para serem legítimos, deverão estar comprometidos com a realização da justiça social.

2. As disposições constitucionais relativas à justiça social não são meras exortações ou conselhos, de simples valor moral. Todas elas são inclusi-

ve as programáticas — comandos jurídicos e, por isso, obrigatórias, gerando para o Estado deveres de fazer ou não fazer.

3. Há violação das normas constitucionais pertinentes à justiça social — e, portanto, inconstitucionalidade — quer quando o Estado age em descompasso com tais preceitos, quer quando, devendo agir para cumprir-lhes as finalidades, omite-se em fazê-lo.

4. Todas as normas constitucionais concernentes à Justiça Social — inclusive as programáticas — geram imediatamente direitos para os cidadãos, não obstante tenham teores eficaciais distintos. Tais direitos são verdadeiros 'direitos subjetivos', na acepção mais comum da palavra.

5. As normas constitucionais atinentes à justiça social podem ser agrupadas em três espécies tipológicas: (a) algumas são concessivas de poderes jurídicos, os quais podem ser exercitados de imediato, com prescindência de lei; (b) outras são atributivas de direito a fruir, imediatamente, benefícios jurídicos concretos, cujo gozo se faz mediante prestação alheia que é exigível judicialmente, se negada; (c) outras, que apenas apontam finalidades, a serem atingidas pelo poder público, sem indicar a conduta que as satisfaz, conferem aos administrados, de imediato, direito de se oporem judicialmente aos atos do poder público acaso conflitantes com tais finalidades.

6. Uma vez que os efeitos correspondentes a cada espécie tipológica eclodem de imediato, a disponibilidade dos direitos assim gerados independe de lei ulterior, mesmo quando o preceito constitucional prevê regulamentação restritiva de seu âmbito.

7. Todas as normas constitucionais atinentes à justiça social — tenham a estrutura tipológica que tiverem — surtem, de imediato, o efeito de compelir os órgãos estatais, quando da análise de atos ou relações jurídicas, a interpretá-los na mesma linha e direção estimativa adotada pelos preceitos relativos à justiça social. Assim tanto o Executivo, ao aplicar a lei, quando o Judiciário, ao decidir situações contenciosas, estão cingidos a proceder em sintonia com os princípios e normas concernentes à justiça social.

8. A existência dos chamados conceitos vagos, fluidos ou imprecisos, nas regras concernentes à justiça social não é impeditiva a que o Judiciário lhes reconheça, *in concreto*, o âmbito significativo. Esta missão é realizada habitualmente pelo Juiz nas distintas áreas do Direito e sobretudo no direito privado. Além disso, por muito fluido que seja um conceito, terá sempre um núcleo significativo indisputá-

vel. É puramente ideológico e sem nenhuma base jurídica o entendimento de que a ausência de lei definidora obsta a identificação do conceito e invocação do correlato direito.

9. Ação ou omissão do Chefe do Executivo que embargue o desfrute dos direitos sociais pode ensejar crime de responsabilidade, pois o art. 82 configura como tal o atentado contra o exercício dos direitos sociais.

10. Os direitos sociais fazem parte do acervo histórico, jurídico, ético e cultural dos povos civilizados. Integram o patrimônio cultural do povo brasileiro. Por isso se incluem no conceito de patrimônio público. Daí que sua lesão pode ensejar propositura de ação popular constitucional, com base no artigo 153, § 31.

Aplicando-se as conclusões concretas:

Conclusões concretas:

1. Os indivíduos atingidos por atos do poder público ou de terceiro que amesquinhem a dignidade do trabalhador podem, com supedâneo direto no art. 160, II, impositivo da "valorização do trabalho como condição da dignidade humana", promover-lhes judicialmente a anulação.

2. Os indivíduos atingidos por atos do poder público que atentem contra a "função social da propriedade" — *verbi gratia*, desalojando de terras devolutas moradores carentes, para trespassá-las a pessoas ou entidades abonadas — podem impugná-los judicialmente, com fundamento direto no art. 160, III.

3. Indivíduos agravados por elevações injustificadas de preços controlados por organismos oficiais, podem, com fundamento direto no art. 160, IV, promover a anulação judicial das autorizações que as facultaram.

4. Política econômica que conduz, cientemente, à retração na oferta de emprego produtivo, implica frontal contradição ao art. 160, IV — que subordina a ordem econômica e social ao princípio da expansão das oportunidades de emprego produtivo. Trabalhador prejudicado por ela pode propor, com base naquele preceptivo, ação anulatória dos atos administrativos que diretamente concorrem para o resultado proibido.

5. É direito constitucional do trabalhador receber salário-mínimo capaz de satisfazer suas necessidades normais e de sua família, conforme o art. 165, I. Tal regra é operativa por si. Disposição que fixar salário-mínimo em montante inferior às necessidades de uma existência digna (art. 160, II) será nula.

Ensejará ao trabalhador a propositura de ação de responsabilidade patrimonial do Estado pela diferença de valor inconstitucionalmente subtraída. Além disso, caberá aos trabalhadores, mediante dis-

sídio coletivo, buscarem nas vias judiciais o reconhecimento *in concreto* do valor salarial mínimo que de direito lhes assiste, por força da regra constitucional.