



Gustavo Junqueira

ESTUDO DA CONCRETIZAÇÃO DA NORMA JURÍDICA DE DIREITO SOCIAL NO ESTADO BRASILEIRO, SOB A ÓTICA DE MÜLLER E ALEXY

13

STUDY ON THE IMPLEMENTATION OF THE LEGAL NORM CONCERNING SOCIAL RIGHTS IN BRAZIL FROM THE PERSPECTIVE OF BOTH MÜLLER AND ALEXY

Claudia Vechi Torres
Maria dos Remédios Fontes Silva

RESUMO

Objetivam investigar o conceito de norma jurídica na visão de Müller, bem como a concepção de norma de direito fundamental de Alexy, e, assim, analisar a concretização da norma jurídica relativa aos Direitos Sociais Fundamentais no contexto do atual Estado Constitucional e Democrático de Direito no Brasil, sob tais óticas.

PALAVRAS-CHAVE

Teoria do Direito; norma jurídica; direito social fundamental; Friedrich Müller; Robert Alexy.

ABSTRACT

The authors aim at investigating Müller's concept of legal norm, and Alexy's concept of social basic rights norm. Thus they intend to assess the implementation of the legal norm regarding social basic rights in the scope of the current Democratic rule of law in Brazil, under such viewpoints.

KEYWORDS

Law Theory; legal norm; social basic right; Friedrich Müller; Robert Alexy.

1 INTRODUÇÃO

A norma jurídica desempenha um papel fundamental na ciência do direito, cuja missão é investigar e sistematizar os conhecimentos jurídicos. A concepção da norma jurídica, sua estrutura, validade e eficácia têm sido alvo de várias teorias, dentre elas destacam-se, na profusão de concepções doutrinárias encontradas na Ciência do Direito, o conceito elaborado por Friedrich Müller na Teoria Estruturante do Direito e a visão de Robert Alexy da norma de direito fundamental na Teoria dos Direitos Fundamentais.

É perceptível a importância do estudo do conceito de norma para a aplicação e interpretação do Direito objetivo, uma vez que uma norma pertence a um corpo normativo, qual seja, um ordenamento jurídico vigente, não podendo ser apreciada de forma isolada, mas sim de forma a preservar a harmonia e a coerência dessa ordem jurídica.

É perceptível a importância do estudo do conceito de norma para a aplicação e interpretação do Direito objetivo, uma vez que uma norma pertence a um corpo normativo [...] não podendo ser apreciada de forma isolada [...]

O presente artigo investiga os conceitos de norma jurídica na visão de Müller, analisando tanto a estrutura, quanto a validade, legitimidade e eficácia da norma jurídica em cada uma dessas teorias; bem como apresenta o conceito de norma de direito fundamental, na forma concebida por Robert Alexy, em consonância com o atual Estado Constitucional e Democrático de Direito, vigente no Brasil, para analisar a possibilidade de concretização das normas jurídicas de Direito Social Fundamental tanto na visão de Müller quanto de Alexy.

É válido ressaltar a importância da abordagem do tema, que pode ser justificada pela necessidade de um conceito adequado de norma jurídica para a compreensão do Direito, em especial dos Direitos Sociais Fundamentais expressos na Constituição Federal de 1988, uma vez que as normas jurídicas constitucionais constroem o pilar fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, com a especificação dos direitos e garantias fundamentais, da estrutura e organização do Estado, modos de acesso e exercício do poder, as bases da organização da vida social e econômica dentre outros.

2 A NORMA JURÍDICA NA VISÃO DE FRIEDRICH MÜLLER

Friedrich Müller desenvolveu a Teoria Estruturante do Direito, partindo da premissa de que a norma não pode ser confundida com texto normativo, descartando o pressuposto do positivismo de que o teor da validade da disposição legal está na sua forma linguística. Na visão kelseniana, a norma pura é um mero texto linguístico, e não um texto de norma, pois não possui normatividade concreta (não possui conteúdo e determinação material), sendo apenas texto de norma válida. (MÜLLER, 2008, p. 192)

Müller critica a visão de Kelsen, que diferenciava a norma jurídica geral da individual, sendo esta a concretização daquela aplicada por um tribunal, entretanto aquela nunca poderia pre-

determinar o estabelecimento de órgãos individuais por meio de órgãos de aplicação de direito. Na Teoria Pura do Direito, a norma e texto normativo estavam no mesmo patamar, e, conseqüentemente as interpretações possíveis poderiam ser logicamente equiparadas. (MÜLLER, 2008, p. 193)

Para Müller, o conteúdo material permanece de fora do conceito de norma de Kelsen; bem como não se resolve a questão da metodologia para a construção de decisões controláveis racionalmente. No mesmo compasso, na teoria de Carl Schmitt (linha decisionista), a decisão volitiva não tem como elementos aspectos da justiça, normas morais e juízos de valor social, sendo necessária a criação de um conceito de norma jurídica que adentre a sua estrutura, levando-se em conta os elementos que efetivamente influenciam na formulação da decisão. (LIMA JÚNIOR, 2012)

Entretanto, há distinção entre norma e texto normativo. A letra e o espírito da disposição legal são distintos, como previsto por Savigny quando afirma que a imagem da lei é distinta de seu conteúdo real. Mas não apenas isso, a diferença ainda vai além do que a distinção entre direito e lei, vai além da norma legal positiva no âmbito do direito concreto.

O direito não se apoia nem pode ser conquistado apenas por meio da norma verbal, tampouco com auxílio de processo lógico. O direito não é idêntico ao texto literal da norma. A teoria normativa estruturante não visa estabelecer a diferença entre lei (potência, possibilidade, entidade abstrata, acima da história) e direito (ato, realidade), mas limita-se a investigar a teoria do direito positivo. Para o processo de concretização, a norma surge diferenciada de acordo com o âmbito normativo e com a ideia de normativa fundamental. A aplicação vai além do texto normativo, mas não além da norma, cuja normatividade concreta está ajustada ao caso concreto. (MÜLLER, 2008, p. 196-197)

O processo da metódica estruturante mantém a norma (que é primeiramente construída) como critério vinculante para a escolha do *topoi*, se apartando do puro pensar o problema. O texto normativo estabelece os limites externos das questões levantadas. A distinção fundamental entre texto normativo e norma impede o intérprete de limitar-se à aplicação lógica. Limitar a visão de textos normativos constitucionais (de disposições formais, de segurança do Estado de Direito, de garantias processuais) atrapalha a visão particularmente material de seus âmbitos normativos e de suas alterações históricas. (MÜLLER, 2008, p. 198-201)

A norma vigente é integrada à normatividade concreta da lei em ação (no caso concreto) com o auxílio do texto normativo (mas se distinguindo deste) e de outros *topois* do programa e âmbito normativo. Um texto normativo não é compreensível sem que esteja materialmente ligado ao âmbito e ao programa normativo. A concretização da norma (envolve interpretação e aplicação) ocorre no plano do texto normativo.

A positividade do direito não é igual à positividade dos textos normativos. O ato de concretizar regras fundamentais de direito, mesmo sem o respaldo positivo em seu texto normativo (apenas genérico), e o de tornar tais regras práticas para os diferentes casos não estará em contradição com a teoria da norma jurídica. No caso das cláusulas gerais (como o princípio da igualdade), em que o texto normativo não faz referência ao âmbito normativo, elas precisam ser concretizadas no caso concreto e

podem ser desenvolvidas sem que o texto literal seja positivamente responsável. (MÜLLER, 2008, p. 198-201)

Na teoria da norma jurídica será inadmissível que a solução esteja em clara contradição com todas as possibilidades lógicas de compreensão do texto. A relação entre norma e texto ou entre âmbito normativo e sua expressão linguística é mais complexa. Quanto mais o programa e o âmbito normativo forem apreendidos pelo texto, mais fortemente a concretização pode aproximar-se à análise conceitual do texto literal.

O programa normativo (ideia fundamental) e o âmbito normativo, do ponto de vista da teoria da norma, são apenas elementos integrantes da norma. O direito constitucional é dependente da história de sua comunidade, sendo estruturalmente determinado pelo teor material dos âmbitos normativos. As ideias fundamentais (programas) e os âmbitos normativos no texto são diferentes em termos de grau, mas não em termos fundamentais, da concretização de disposições externas ao direito constitucional.

A normatividade jurídica não é uma forma pura, mas engloba tanto as estruturas materiais reais do âmbito normativo, como as estruturas materiais de tal âmbito formuladas como estruturas possíveis na realidade e, como normatividade materialmente determinada, é co-caracterizada e cofundamentada por tais estruturas. Esta determinação material da normatividade juntamente com a validade normativa e a articulação geral no sentido do âmbito normativo e do programa normativo são o ponto de partida, sob o referencial da metódica jurídica.

O âmbito normativo não é um objeto isolado, mas o escopo do qual a concretização prática sempre necessita, sendo que, em tal concretização, tanto o âmbito como o programa normativo são produzidos pelo operador do direito no caso específico: *Concretização da norma é construção da norma* (MÜLLER, 2008, p. 231).

A lógica de Müller é tópica no exato sentido em que cada situação concreta irá condicionar a própria construção da norma jurídica concretizada, já que o recorte da realidade dos fatos condiciona e influencia tal norma jurídica concretizada. Inclusive, pode-se deduzir que o conteúdo de uma norma jurídica somente

será delineado por meio do trabalho de interpretação em um processo amplo e global de concretização.

A concepção estruturante da norma trata com reserva todos os tipos de interpretação e decisão de caso que procuram obter soluções concretas a partir de princípios gerais e teses de filosofia do direito. A ideia normativa fundamental não significa uma hierarquização de valores que fundamenta a interpretação, e sim um aspecto estrutural de trabalho que engloba tanto o relativamente autônomo sentido a ser concretizado, quanto o teor de validade do programa normativo relativo ao âmbito normativo. Para Müller (2008, p. 245): *O âmbito e programa da norma não são meios para encontrar, à maneira do direito natural, verdadeiros enunciados ônticos de validade geral; tampouco ajudam a averiguar o “verdadeiro sentido” dos textos normativos em termos do tipo definido e juridicamente “correto” do uso da língua no respectivo contexto normativo. A função de escolha e delimitação do programa normativo ligada a isso faz com que a análise do âmbito normativo, como parte integrante da concretização jurídica, fortaleça a normatividade da disposição legal como uma normatividade marcada pelos dados reais, em vez de deixá-la de lado em prol de um sociologismo avesso à norma.*

Para Müller, o conteúdo material permanece de fora do conceito de norma de Kelsen; bem como não se resolve a questão da metodologia para a construção de decisões controláveis racionalmente.

Observa-se que a concretização sistemática na prática, ao lado do contexto do texto literal apresentado na argumentação, já engloba o contexto das estruturas materiais que, de acordo com as possibilidades, deve ser racionalizado pela análise dos âmbitos normativos da disposição legal sistematicamente instituída. Desta forma, a tarefa do intérprete seria identificar o âmbito de proteção do direito, os seus contornos, mediante a delimitação destes dois elementos da norma jurídica, qual seja, âmbito e programa normativos, em um processo amplo de concretização, em que se deve proceder com a inclusão de outros da-

dos como os da Sociologia, da Política, da Economia e de outras ciências, num treinamento multidisciplinar do jurista desde a sua formação acadêmica, a fim de possibilitar o real alcance do âmbito da norma aplicável ao caso concreto.

Na interpretação sistemática dos direitos fundamentais há que se acrescentar uma tarefa adicional de não prover diretamente a ideia normativa fundamental da garantia a ser concretizada nem a partir das estruturas dos âmbitos normativos, nem a partir do teor dos programas normativos das disposições infraconstitucionais; ao contrário, dado o caso, tais disposições devem ser avaliadas e corrigidas a partir do programa normativo e do âmbito normativo dos direitos fundamentais.

O âmbito normativo constitui tanto um ponto de vista auxiliar da concretização, como se sustenta em um círculo real de dados fáticos e problemas, que não apenas codetermina a normatividade da norma na modalidade de uma hipótese, mas também diretamente em seu meio ambiente social e histórico. Müller adverte que a função reguladora do programa normativo não pode levar a uma adulteração das descobertas da análise do âmbito normativo, muito embora influencie e receba influência dele. Ela é seletiva e delimitadora, todavia não é concebida para proceder à reavaliação do conteúdo. Ela deve, por isso, levar em conta também

muito embora não façam parte do texto normativo, mas por serem constituintes da norma e, assim do Direito, contrariando frontalmente o pensamento de Kelsen, para quem não cabe elementos extranormativos no Direito.

3 O CONCEITO DE NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL DE ROBERT ALEXY

As concepções de norma jurídicas até aqui tratadas são essenciais para o entendimento do conceito de norma de direito fundamental elaborado por Robert Alexy, que é também norma jurídica e inicialmente compartilhada dos problemas de cada visão, mas passa a ser estudado de forma integrativa, qual seja, tanto na dimensão analítica (depurar os conceitos e suas relações, expondo problemas de fundamentação), quanto empírica (relação entre tais conceitos e o direito positivo, bem como o prognóstico jurisprudencial) e normativa (a resposta ao problema enfrentado). (VICTORINO, 2007)

Alexy busca um modelo estrutural de normas de direitos fundamentais que os garantam, uma vez que as formulações de direitos fundamentais são vagas e abrigam a estrutura normativa do Estado. O modelo proposto por Alexy tem como base a divisão do gênero norma jurídica em duas espécies: regras e princípios. Estas últimas normas possuem um amplo suporte fático e estão em constantes situações de conflito, que podem ser solucionadas de forma otimizada pela ponderação, impedindo o esvaziamento dos direitos fundamentais.

O conceito de norma de direito fundamental é mais amplo que o conceito de direito fundamental, visto que a existência de um direito fundamental pressupõe a vigência de uma norma de direito fundamental correspondente (ALEXY, 2008, p. 50-52). E, para se chegar a um conceito de norma, faz-se necessário recorrer às modalidades deontológicas: do mandato, da proibição e da permissão; visto que toda norma pode ser expressa por um enunciado normativo.

16

A lógica de Müller é tópica no exato sentido em que cada situação concreta irá condicionar a própria construção da norma jurídica concretizada [...]

Alexy analisa o conceito semântico de norma, que não leva em consideração a sua validade, mas serve para verificar questões de como deve ser interpretada e aplicada, ou para identificar se há compatibilidade entre duas normas, e para se constatar se a norma é de direito fundamental. O autor alerta que nem todos os enunciados da Constituição expressam normas de direito fundamental e pergunta se há destas normas que não estão expressas diretamente por enunciados da Constituição. (ALEXY, 2008, p. 53-62)

Para verificar se um enunciado da Constituição é um enunciado de direito fundamental, Alexy aponta três critérios: materiais, estruturais e/ou formais. O critério material define os direitos fundamentais como aqueles que são o fundamento do Estado (por exemplo: o Estado Liberal). O critério da estrutura está vinculado a um conceito de Estado, como o direito individual de liberdade no Estado Liberal. O critério formal está relacionado com a forma da posituação (por exemplo: todas

as normas dispostas sob o título Direitos Fundamentais na Constituição seriam disposições de direito fundamental independente do seu conteúdo). (ALEXY, 2008, p. 66-76)

As normas de direito fundamental podem ser divididas em: normas de direito fundamental diretamente estabelecidas pela Constituição e normas de direito fundamental atribuídas, ampliando a possibilidade de uma norma ser um direito fundamental. Alexy aponta que são dois os critérios que possibilitam a distinção das normas de direito fundamental das demais: o empírico e o normativo. No primeiro, as normas atribuídas seriam aquelas diretamente estatuídas como sendo de direito fundamental, tanto pela jurisprudência quanto pela ciência do direito. Para Alexy, tal critério não é adequado, uma vez que uma norma atribuída (sendo ou não uma norma de direito fundamental) depende da chamada "argumentação jusfundamental".

A estrutura da norma de direito fundamental é composta por regras e princípios, que possuem distintas acepções, e resposta sobre a possibilidade de limites dos direitos fundamentais. Regras e princípios são normas porque dizem o que deve ser, sendo o critério usual para a sua diferenciação o da generalidade, segundo o qual *princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, quanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo* (ALEXY, 2008, p. 87)

Alexy afirma que *princípios e regras são diferenciados também com base no fato de serem razões para regras ou serem eles mesmo regras, ou, ainda, no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento* (ALEXY, 2008, p. 89), e aponta três teses sobre a distinção entre regras e princípios: o modelo puro dos princípios; o modelo puro das regras; e o modelo de regras e princípios; sendo o último por ele escolhido, o qual determina que normas podem ser divididas em regras e em princípios, sendo sua diferença gradual e qualitativa.

O critério principal para diferenciar regras de princípios é o entendimento de que os princípios são mandatos de otimização, são *normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro de possibilidades jurídicas e fáticas existentes* (ALEXY, 2008, p. 90). Já as regras são *determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível* (ALEXY, 2008, p. 91).

Alexy demonstra que diferença de regras e princípios é mais clara nas colisões de princípios e nos conflitos de regras. Na ocasião em que a aplicação de duas normas conduzir a dois juízos contraditórios, se o conflito for de regras, a solução ocorrerá por meio de uma cláusula de exceção que eliminaria tal conflito declarando uma das regras válida, aplicando-a. Inclusive, quando não houver uma cláusula de exceção, podem ser utilizados os critérios hermenêuticos da "lei posterior derroga a anterior", da "lei especial derroga a geral", e outros para declarar qual regra é válida. Neste caso, a decisão é sempre em relação à validade da regra. (ALEXY, 2008, p. 91-93)

Entretanto, se há colisão de princípios e não conflito de regras, um princípio deve ceder ao outro, não havendo exclusão de princípios, visto que, no caso concreto, os princípios têm diferentes pesos e sempre aquele com maior peso prevalece. Os interesses opostos devem ser ponderados, sendo verificado qual deles possui maior peso no caso concreto, se estabelecendo uma relação de precedência condicionada ou incondicionada (ALEXY, 2008, p. 93-103). No primeiro caso

se determinam condições para que um princípio preceda ao outro; já no segundo, não se determinam condições para tanto.

Os princípios não contêm mandamento definitivo, mas terão sempre razões *prima facie*, uma razão básica para um juízo concreto, enquanto as regras serão sempre razões definitivas para um juízo concreto do dever ser, não admitindo exceção, salvo se estabelecidas. Os princípios são enunciados amplos, de conteúdo valorativo, podendo ser derivados de normas detalhadas e de decisões judiciais, sem a necessidade de serem estabelecidos explicitamente. (ALEXY, 2008, p. 103-106)

As disposições de direito fundamental possuem caráter duplo, sendo ou regras ou princípios, mas quando na *formulação da norma constitucional é incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios* (ALEXY, 2008, p. 141), encontramos norma de direito fundamental compartilhando do mesmo caráter duplo.

Alexy ainda aponta que a diferença entre princípios e valores está no caráter deontológico do princípio (relativo ao dever ser) e axiológico do valor (relativo ao bom), valendo para o direito o dever ser. (ALEXY, 2008, p. 153)

Jünger Habermas é um dos maiores críticos dessa teoria de Alexy no que se refere aos limites dos direitos fundamentais, visto que os princípios tirariam força desses direitos, que só poderiam ser garantidos por regras, uma vez que os princípios são mandatos de otimização. O uso da ponderação colocaria em risco a força dos direitos fundamentais, por submeter tais direitos a juízos irracionais.

Para Alexy, um conflito normativo entre princípios será resolvido por meio de uma ponderação de valores dos princípios colidentes. Já para Habermas, não se trata de uma disputa entre valores, e sim da determinação de uma norma mais adequada ao caso concreto, não sendo utilizado o processo de ponderação de valores. A ponderação destrói a estrutura deontológica (proibição, obrigação e permissão) dos direitos fundamentais, pois pressupõe graus de otimização dos princípios, afastando a estrutura lícito/ilícito que constitui a validade das normas.

4 A NORMA JURÍDICA DE DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUA CONCRETIZAÇÃO SOB A ÓTICA DAS TEORIAS DE MÜLLER E DE ALEXY

Cumprido, antes de passar a desenvolver a temática atinente à concretização dos Direitos Sociais sob a perspectiva das teorias de Müller e Alexy, tecer alguns breves comentários acerca desse direito fundamental, no intento de melhor compreender as reflexões do debate a que se propõe o presente trabalho, facilitando e promovendo o entendimento a partir de uma perspectiva normativa.

[...] pode-se deduzir que o conteúdo de uma norma jurídica somente será delineado por meio do trabalho de interpretação em um processo amplo e global de concretização.

Os direitos fundamentais do cidadão estão declarados e assegurados nas normas dispostas na Constituição Federal de 1988 (CF/1988), tendo como caracteres (SILVA, 2012, p. 181) a historicidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a irrenunciabilidade. Inclusive, são três as fontes (SILVA, 2012, p. 182-183) desses direitos: os expressos na própria Constituição, os *decorrentes dos princípios gerais e regime adotados pela Constituição* e os *decorrentes de tratados e convenções internacionais* incorporados no ordenamento brasileiro conforme o processo delineado na EC 45/2004.

Na visão de José Afonso da Silva (2012, p. 184), os direitos fundamentais previstos na CF/1988 são divididos em cinco grupos: *direitos individuais* (art. 5º); *direitos à nacionalidade* (art. 12); *direitos políticos* (arts. 14 a 17); *direitos sociais* (arts. 6º e 193 e ss.); *direitos coletivos* (art. 5º) além da nova classe dos direitos solidários (arts. 3º e 225).

Gilmar Mendes Ferreira (2012, p. 468) ressalta que os direitos fundamentais são tanto direitos subjetivos, visto que *outorgam aos seus titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados, quanto elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva* na medida em que são a base do Estado de Direito democrático. E os direitos sociais esculpidos no art. 6º da CF/1988 (relativos à educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer,

segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados) possuem também a característica de direitos subjetivos, que requerem uma prestação positiva e específica do Estado, sendo direitos passíveis de judicialização, que também traduzem deveres de proteção contra agressão efetuada por terceiros.

Os Direitos Sociais são normas jurídicas de aplicabilidade imediata, não obstante as argumentações contrárias que dificultam a aplicabilidade delas. E mesmo diante da notável condição de alguns dispositivos a exigirem integra-

ção legislativa por comando próprio da Constituição, não se lhe pode retirar o caráter de princípio, com o máximo de otimização (ALEXY, 2008, p. 86-87), na hipótese de omissão legislativa.

Sobre isso, Andreas Joachim Krell (1999, p. 243) afirma que: *As normas sobre direitos fundamentais são de aplicação imediata, conforme disposto no §1.º do art. 5º da Constituição Federal. Tratando-se de dispositivo, serve para salientar o caráter preceptivo e não-programático dessas normas, deixando claro que os direitos fundamentais podem ser imediatamente invocados, ainda que haja falta ou insuficiência da lei. O seu conteúdo não precisa ser concretizado por lei; eles possuem um conteúdo que pode ser definido na própria tradição da civilização ocidental-cristã, da qual o Brasil faz parte. A sua regulamentação legislativa, quando houver, nada acrescentará de essencial: apenas pode ser útil (ou, porventura, necessária) pela certeza e segurança que criar quanto às condições de exercício dos direitos ou quanto à delimitação frente a outros direitos.*

Na visão de Celso Antonio Bandeira de Mello (2010, p. 22-24), as normas constitucionais relativas à Justiça Social eclodem de imediato, independentemente de lei posterior, podendo ser agrupadas em três espécies: a) as concessivas de poderes jurídicos, os quais podem ser exercitados de forma imediata, independentemente de uma pres-

tação alheia (fora da relação jurídica) e com dispensa de lei, requerendo uma abstenção do Poder Público (exemplo: direito à vida); b) as atributivas de direito a fruir benefícios jurídicos concretos, de forma imediata, dependentes de prestação alheia descrita na norma constitucional, podendo ser exigível judicialmente o gozo de tal prestação se negada (exemplo: art. 210, §1º, da CF/1988); c) as que apontam finalidade a serem atingidas obrigatoriamente pelo Poder Público, mas não indica as condutas específicas do Estado para satisfazê-las, de tal sorte que outorgam ao cidadão o direito de se opor judicialmente aos atos que sejam conflitantes com tais finalidades (exemplo: art. 226 da CF/1988).

Na realidade, a Constituição Federal de 1988 lançou o Brasil ao patamar de Estado Constitucional e Democrático de Direito, havendo uma constante preocupação com a realização dos direitos e garantias proclamados pela Constituição reguladora e garantidora da cidadania social, correspondentes a *mais generosa expressão do ideário da época* (MELLO, 2010, p. 9), mas de efetivação comprometida, essencialmente no que tange aos denominados “direitos fundamentais sociais”.

Na ótica de Müller, é possível que as normas jurídicas que versam sobre direitos fundamentais sejam concretizadas com o auxílio da metódica estruturante, ainda que o espaço social e setorial continuem abertos, sendo apreendidos com a ajuda de aspectos teórico-normativos do âmbito e programa normativo. (MÜLLER, 2008, p. 203).

O Poder Judiciário, ao julgar as demandas relativas à concretização dos Direitos Sociais, tem por obrigação verificar se as políticas eleitas pelo Poder Público atendem os preceitos constitucionais descritos na ordem social, que têm por base o trabalho e por objetivo o bem-estar e a justiça social, equilibrando as situações sociais desiguais, uma vez que as normas constitucionais definidoras dos direitos fundamentais possuem aplicação imediata (gerando deveres de fazer ou não fazer do Estado), entretanto sua eficácia poderá ser plena, limitada, ou contida.

Alexy busca um modelo estrutural de normas de direitos fundamentais que os garantam, uma vez que as formulações de direitos fundamentais são vagas e abrigam a estrutura normativa do Estado.

O texto normativo é o primeiro ponto da concretização das normas de direitos sociais fundamentais. A forma linguística do texto fornece indicações a respeito das ideias normativas fundamentais da disposição e dos questionamentos em que o âmbito normativo deve ser observado. A concretização não está ligada ao texto. O dever ser e o dado real constituem na teoria da norma os dois aspectos principais da normatividade concreta em si, assim como do programa e âmbito normativo. É dentro dessas possibilidades estruturantes que determinadas questões são jurídicas e podem ser solucionadas. (MÜLLER, 2008, p. 219-220)

Para Müller, os direitos fundamentais possuem âmbitos

normativos que abrangem dados reais e que são fortemente marcados pela singularidade, e impedem a crescente individualização de seu teor material no caso particular. Na perspectiva estruturante, a abordagem teórico-jurídica de uma reciprocidade entre método e objeto é substituída pela interação elíptica de programa e âmbito normativos, no processo da concretização. A partir daqui, a liberdade assegurada pelos direitos fundamentais não aparece como teor a ser universalmente interpretado, mas como uma justaposição de específicas garantias materiais de liberdade, que não podem ser deduzidas de uma substância unitária nem tampouco racionalmente relacionadas entre si na esfera do ordenamento constitucional válido.

A vinculação jurídica dos dados reais geralmente faz parte da abordagem sociológico-jurídica, a inclusão do âmbito da norma no processo de concretização dos direitos fundamentais aumenta a chance de efetivar também um grau crescente de liberdade real por meio de maior racionalidade e clareza metódica do modo de trabalho jurídico. Isso contribui para objetivar a solução dos casos de um modo mais apropriado do que é possível à construção de figuras ideais, no sentido de se adotarem padrões de interpretação.

Uma interpretação dos direitos fundamentais a partir da harmonização e da complementação mútua, o critério da concordância prática como condição de realização otimizada dos teores normativos que tomam parte no direito constitucional farão jus à estrutura da normatividade materialmente determinada, ao valor metódico intrínseco dos âmbitos normativos e ao objetivo de interpretação da Constituição como uma unidade material melhor do que a instituição ponderativa de uma norma em detrimento de outras.

Uma concretização metódica da norma precisará conquistar, por meio da racionalização dos âmbitos normativos dos direitos fundamentais, os conteúdos, condições e limites que devem se tornar funcionais de modo não democrático, limitando as possibilidades de antecipações valorativas situadas fora do direito constitucional. O sistema de direitos fundamentais não é fechado, nem passível de ser concluído pela concretização da Constituição.

Desta forma, na execução ou omissão de uma política pública, cujo objetivo é ampliar ou reconhecer direito fundamental do cidadão, verificando-se uma violação das normas constitucionais relativa aos direitos sociais ou à Justiça social, independente dos instrumentos que compõem a política pública, haverá legitimidade do Poder Judiciário para exercer controle dos atos do Estado tanto quando a prestação estiver em descompasso com os preceitos constitucionais quanto em relação à omissão de prestação obrigatória, uma vez que é função do Judiciário zelar pelo cumprimento da Constituição e do ordenamento jurídico, possibilitando a concretização dos direitos fundamentais, que são fins da política pública.

Já na visão de Robert Alexy (2008, p. 87), a norma jurídica que versa sobre direitos fundamentais difere das demais normas do ordenamento jurídico, sendo sua estrutura composta por regras (normas com grau de generalidade relativamente baixo) e princípios (normas com grau de generalidade relativamente alto), e sua concretização

também se diferencia do pensamento da metódica estruturante de Müller, uma vez que normas teriam alto grau de abstração e baixa densidade jurídica, que requerem uma interpretação para sua realização.

Importante observar que, para Alexy, nem todos os enunciados da Constituição expressam normas de direito fundamental, sendo necessário, para sua identificação, o uso dos critérios materiais, estruturais e/ou formais. Destaca-se, ainda, que as regras possuem limites e os princípios limitam as regras, mas se diferenciam do chamado "princípio geral", pois este será pressuposto da vida jurídica e social, enquanto o princípio constitucional (norma de direito fundamental) estabelece a organização do estado, direitos e garantias. Os dois podem estar na Constituição, mas o segundo deve estar na Constituição, sendo que nenhum princípio geral poderá estar acima dela.

Os princípios constitucionais tanto serão aplicados nas áreas específicas em que passaram a dar suporte; quanto permeiam a Constituição, harmonizam, dão o mínimo de eficácia às normas constitucionais, cedem entre si, tendo fundamentos e qualificações essenciais ao ordenamento jurídico. Tais princípios são projetivos, podendo inclusive ocorrer que uma norma seja criada por um princípio e interpretada por outro.

Esta noção de direitos fundamentais como sistema de regras e princípios é vital para a concretização dos direitos sociais, intimamente ligados aos princípios da igualdade, do não retrocesso, da eficiência da Administração Pública, principalmente no que tange à elaboração, coordenação e fiscalização das políticas públicas que visam garantir as condições mínimas de existência. Os princípios permitem a atualização da norma constitucional, no momento que ele agrega mudança de valores e evoluções sociais ao conteúdo abstrato da norma constitucional, sem violar o seu conteúdo essencial.

5 CONCLUSÃO

É fato que as normas de direito fundamental contidas na Constituição Federal de 1988 são diferentes das de-

mais normas jurídicas, sendo essencial destacar o reconhecimento dos direitos sociais (como o da saúde e meio ambiente, dentro outros), como direitos fundamentais, direitos de todos e dever do Estado, a serem garantidos mediante políticas sociais e econômicas.

A concepção da norma de Müller permite a concretização de toda norma jurídica, em especial, a relativa aos direitos sociais, uma vez que a sua aplicação extrapola o texto normativo, mas não a norma, cuja normatividade concreta está ajustada ao caso concreto.

Entretanto, o STF tem adotado o conceito de norma de direito fundamental elaborado por Robert Alexy na concretização e realização dos Direitos Sociais, o qual tem, como base, a divisão do gênero norma jurídica em duas espécies: regras e princípios. Estas últimas normas possuem um amplo suporte fático e estão em constantes situações de conflito, que podem ser solucionadas de forma otimizada pela ponderação, impedindo o esvaziamento dos direitos fundamentais, cujas formulações são vagas e abrigam a estrutura normativa do Estado.

A concretização da norma jurídica de Direitos Sociais Fundamentais sob a ótica da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy representa um passo inovador na interpretação e aplicação do direito constitucional, capaz de propiciar a realização da Justiça na resolução dos constantes conflitos sociais levados à apreciação do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- FERREIRA, Gilmar Mendes. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa / Senado Federal*, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, n. 36, 1999.
- LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. *Sobre o conceito de norma jurídica: Um diálogo com Friedrich Müller para uma teoria estruturante do Direito*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/15013/sobre-o-conceito-de-norma-juridica#ixzz2B5EeHT7C>>. Acesso em: 2 nov. 2012.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. São Paulo: RT, 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitu-*

nal positivo. São Paulo: Malheiros, 2012.

VICTORINO, Fábio Rodrigo. Evolução da teoria dos direitos fundamentais. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XI, n. 39, p. 10-21, out./dez. 2007.

Artigo recebido em 15/9/2014.

Artigo aprovado em 30/10/2014.

Claudia Vechi Torres é advogada e professora substituta da UERN e da UFRN.

Maria dos Remédios Fontes Silva é coordenadora da Base de Pesquisa em Direito Estado e Sociedade e professora associada IV do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRN.