

INTRODUÇÃO

A palavra evolução, no sentido de desenvolvimento por processos naturais, talvez seja a expressão que melhor defina as razões do consciente humano, considerando, entre outras coisas, a necessidade própria do homem em encontrar padrões e sistematizar processos para a criação e o aperfeiçoamento de tudo aquilo que integra o corpo social. O Direito é, portanto, fruto da evolução social, considerando o necessário controle e regulamentação dos acontecimentos que integram, ainda que de forma reflexiva, o conjunto de ações e expressões individuais existentes na sociedade.

A esse respeito, a consciência humana afigura como parte de uma obra inacabada, o sentido próprio de um constante e necessário aperfeiçoamento intelectual.

Aproximando as ideias preliminares de incompleição do pensamento racional do homem, o Direito, na qualidade de ciência social (MARQUES NETO, 2001, p. 89)¹, só existe em consideração à vontade e ao ideal de integridade social, firmada no reconhecimento de padrões e na regulamentação das interações sociais para a manutenção e legitimação do Estado. Nesse sentido, considerando o Direito como uma das vertentes da racionalidade humana, estará ele, via de regra, limitado às limitações do homem, aperfeiçoando-se quando as necessidades sociais assim exigirem, além de adequar suas expressões à realidade experimentada. De forma reflexamente inversa, é inimaginável a regulamentação do comportamento social mais contemporâneo com as prescrições legislativas do século anterior, ou do século antes disso, de modo que as novas expressões sociais exigem do legislador a criação normativa adequada à realidade mais contemporânea, fazendo com que o Direito progrida em conformidade às necessidades mais atuais.

A partir da análise deste núcleo de pensamento, considerando o Direito como a afirmação do pensamento humano e das expressões sociais mais atuais, havendo qualquer distorção que o impeça de alcançar o fim colimado pelo corpo social, deixará ele de gozar, como consequência lógica, de legitimidade material, evidenciando sua condição de submissão e complementariedade (o Direito enquanto base formal da regulação das interações sociais) aos interesses da própria sociedade. Noutros termos, o Direito serve ao homem como fundamento de integridade e estabilidade social, base descritiva da realidade experimentada, adversa à imposição de preceitos normativos que sejam absolutamente incompatíveis com a ideia cultural precedente.

¹ A ciência do Direito resulta, tanto quanto qualquer outra, de um trabalho de construção teórica. Por isso, suas proposições não podem revestir-se de caráter absoluto, mas aproximado e essencialmente retificável.

Reduzindo as características de uma sociedade às prescrições normativas estabelecidas por qualquer processo legiferante, sua imposição e validade perante os cidadãos estará condicionada à correspondente aceitação, não tendo o Direito o condão de modificar as regras comportamentais e culturais arraigadas no consciente social. Via de regra, a sociedade se modifica, e, com ela, o Direito.

A título de exemplo, ainda que um homem pregue no pé de um pessegueiro uma placa dizendo que aquela árvore é, na verdade, uma macieira, isso não a tornará, de fato, uma macieira. Não basta a simples afirmação da vontade do pensamento através do Direito para que haja uma aceitação social às prescrições tendentes em confirmar novos direitos ou obrigações, possuindo o Direito unicamente a condição de atestar as condições da realidade social já existentes.

Com isso, o Direito deve ser possível e adequado à realidade, limitando as prescrições legislativas à realidade própria de cada Estado, nelas incluindo a condição financeira com a consequente capacidade de endividamento para a promoção de direitos, o reconhecimento das diferenças culturais, o estabelecimento e projetos assistenciais, etc.

Nesse entendimento, o Direito deve afigurar como a máxima expressão do consenso social, reflexo vítreo da proximidade existente entre a enunciação das leis e o atendimento às necessidades próprias do corpo social, considerando as diferenças culturais, temporais, financeiras, religiosas, etc.

Com efeito, a formulação de uma base normativa adequada à realidade social subsiste como uma necessidade, regulando as complexidades sociais para o fortalecimento da segurança jurídica, da efetivação dos direitos fundamentais além da necessária adequação do Direito à realidade experimentada. A rigor, o Direito passou a afigurar como fundamento de sustentação do corpo social, projetado em conformidade aos costumes existentes no consciente coletivo, além dos preceitos morais erigidos por um ideal hipotético subsumido em conformidade à metafísica.

A fim de ampliar o entendimento sob cada um dos aspectos de interesse, é o caso de se estabelecer uma análise introspectiva quanto as dimensões do Direito por meio de um método dedutivo (da generalização para a particularização), utilizando-se da pesquisa bibliográfica, cuja pretensão medeia, de forma tópica, a flexibilidade dos preceitos constitucionais para a garantia da efetividade do direito social fundamental à saúde.

1 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO – ASPECTOS DE UMA LEGISLAÇÃO EM EVOLUÇÃO

A expressão “força normativa da Constituição” foi cunhada por Konrad Hesse, designando ordem e conformação entre as enunciações políticas à realidade experimentada, considerando, sobretudo, a capacidade legislativa do Estado em adaptar-se e evoluir em conjunto com a sociedade (HESSE, 1991, p. 19)². Nesse sentido, Konrad Hesse (1991, p. 20) afirma que “quanto mais o *conteúdo* de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa”.

Referindo-se a esse marco conceitual, a Constituição de um Estado afigura como a máxima expressão de uma vontade coletiva, regulando as interações sociais para o fim de garantir-lhe legitimidade. Com isso, não se trata apenas da transcrição literal da vontade social, mas da enunciação de princípios morais como fundamento jurídico de todo o ordenamento jurídico (VARGAS, 2014, p. 18)³.

De fato, é a partir da Constituição do Estado que decorrerão todas as demais normas do Direito, sendo imperiosa a observância de seus preceitos normativos para a manutenção de uma integridade jurídica. Nesse sentido, qualquer legislação que viole o texto constitucional não atenta exclusivamente ao texto constitucional, mas, sobretudo, à vontade coletiva.

Paulo Bonavides (2006, p. 85) afirma que:

[...] onde menos se conhece a Constituição é provavelmente no seu texto, não sendo portanto de desprezar jamais a parte submersa e invisível das Constituições, aquela que transcorre com toda força e energia na ambiência sensível da vida.

Outrossim, a lei escrita afigura como a soma de vontades para a garantia e prevalência de direitos, considerando a manifestação soberana da vontade popular contra o arbítrio e a volatilidade governamental.

Para Antônio Carlos Wolkmer (2006, p. 5-6), não há como estabelecer uma rota precisa de volta à origem das instituições jurídicas, remanescendo de forma nebulosa a validade e a efetivação do Direito precedente⁴. Contudo, a estabilização do Direito na contemporaneidade

² A força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*).

³ Um dos fundamentos para a existência de uma ordem jurídica firmada em textos legais é o da segurança. A ideia de uma norma jurídica resultante de um documento legal acarreta a pretensa segurança e a precisão contidas nas amarras das palavras.

⁴ Não só subsiste um certo mistério, como falta uma explicação cientificamente correta e resposta conclusivas acerca das origens de grande parte das instituições jurídicas no período pré-histórico. Entretanto, ainda que

afigura como uma relação de aperfeiçoamento e sistematização criteriosa dos arranjos normativos, obediente, sobretudo, aos planos hierárquicos e principiologicos erigidos pela Constituição. Nesse sentido, o Direito passa a figurar como objeto escrito e ordenado, estabelecendo critérios hierárquicos de subordinação da lei. Em outras palavras, o Direito passa a ser concebido como um fluxo ordenado de regras e princípios (PEDRA, 2014, p. 55)⁵, cuja validade restará condicionada aos critérios hierárquicos previamente estabelecidos pela Constituição e pelos valores morais arraigados no consciente social. Não obstante, apesar da importância conferida à Constituição, sobretudo quanto à generalidade de suas expressões normativas, é a legislação ordinária que dará forma e especificidade ao ordenamento jurídico.

Referindo-se ao marco conceitual apresentado por Hans Kelsen, importando destacar as designações do ordenamento jurídico e da subsistência normativa, a palavra “ordem” afigura como resultado de “um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento e validade”, ostentando a qualidade de uma unidade ordenada por preceitos hierárquicos, cuja “validade se funda na norma fundamental dessa ordem” (KELSEN, 2012, p. p. 21-22).

A Constituição, como instrumento de legitimidade do Estado, sistematiza princípios e normas em um corpo codificado de leis fundamentais, reflexo da vontade coletiva em consideração à máxima proteção dos valores sociais, culturais, econômicos, etc (HESSE, 1991, p. 18)⁶. É a partir da Constituição que deve decorrer todas as outras normas do Direito, condicionando a prescrição legislativa à observância dos preceitos constitucionais.

Se outro for o entendimento, a Constituição assumiria função meramente formal, declarando o direito ainda que não guardasse qualquer relação com o interesse social, de modo que essa indistinção tornaria flagrante as diferenças existentes entre a enunciação normativa e o interesse social manifestado através da realidade experimentada, fonte de uma antinomia normativa suscetível de destruir todo o corpo social.

Konrad Hesse já havia declarado as diferenças do realismo jurídico, afirmando que a Constituição, enquanto “Constituição jurídica – não passa, nas palavras de Lassalle, de um pedaço de papel (ein Stück Papier). Sua capacidade de regular e de motivar está limitada à sua

prevalença uma consensualidade sobre o fato de que os primeiros textos jurídicos estejam associados ao aparecimento da escrita, não se pode considerar a presença de um direito entre povos que possuíam formas de organização social e política primitivas sem o conhecimento da escrita.

⁵ [...] regras e princípios podem ser distinguidos a partir da ideia de que as regras possuem uma estrutura interna através da qual todas as suas opções semânticas – às vezes apenas uma – estão potencialmente previstas, enquanto os princípios apresentam uma indeterminação natural, exteriorizada durante o processo de interpretação e concretização normativa.

⁶ [...] se as leis culturais, sociais, políticas e econômicas imperantes são ignoradas pela Constituição, carece ela do imprescindível germe de sua força vital. A disciplina normativa contrária a essas leis não logra concretizar-se.

compatibilidade com a Constituição real” (HESSE, 1991, p. 9). Trata-se, segundo Konrad Hesse (1991, p. 9), de um momento no devir legislativo do Estado, revelando a importância da proximidade do sentido jurídico ao político-social, de modo que, “do contrário, torna-se inevitável o conflito, cujo desfecho há de se verificar contra a Constituição escrita, esse pedaço de papel que terá de sucumbir diante dos fatores reais de poder dominantes no país”.

Em outras palavras, ainda que a legislação goze do status de Constituição, sua validade estará condicionada à realidade social, considerado a aceitação coletiva daqueles que se submeteram à sua força impositiva. Assim como o leito de um rio, a Constituição deve apenas limitar o fluxo das interações sociais pré-concebidas, dando continuidade, dentre as concepções morais, às regras comportamentais que dão fundamento ao corpo social.

Ao parafrasear George Jellinek, Konrad Hesse (JELLINEK apud HESSE, 1991, p. 9-10) reafirma a ilegitimidade das ordenações Constitucionais que frustram o cumprimento de um direito consuetudinário, firmando a concepção de que o ato normativo decorre da convenção social e da organização política.

Tal como ressaltado pela grande doutrina, ainda não apreciada devidamente em todos os seus aspectos – afirma George Jellinek quarenta anos mais tarde –, o desenvolvimento das Constituições demonstra que regras jurídicas não se mostram aptas a controlar, efetivamente, a divisão de poderes políticos. As forças políticas movem-se consoante suas próprias leis, que atuam independentemente das formas jurídicas.

As distinções de uma concepção constitucional fortalecem o entendimento quanto a sua efetividade, firmando a ideia de que não existe uma ordenação jurídica perfeita do ponto de vista prático, nem uma prescrição constitucional que possa ser imposta de forma indistinta à todas as sociedades.

De fato, qualquer Constituição só terá sucesso em regular as interações sociais (enquanto fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico) se conjugada em suas acepções próprias, considerando a Constituição enquanto ordenação e realidade. Concernente a isso, o êxito de qualquer plano constitucional depende da coexistência e da harmonia entre as Constituições jurídicas e políticas, considerando a condição de compleição e fundamentalidade de uma e de outra.

Ferdinand Lassale leciona que a Constituição não pode existir se não houver formulação jurídica de preceitos normativos, assim como não haverá motivos para existir se não for adequada à realidade. Em vista da repercussão individual das concepções constitucionais, o entendimento quanto ao sucesso ou o insucesso de um plano normativo constitucional depende,

primeiramente, da análise quanto à adequação da Constituição em seu plano formal à realidade experimentada, de modo que uma ordenação jurídica desvestida de parâmetros racionais, não pode, efetivamente, desenvolver-se. Igualmente, havendo antinomias entre a Constituição formal e a Constituição real, estar-se-á diante de um fundamento revocatório do ordenamento jurídico, considerando que “de nada serve o que se escreve numa folha de papel se não se ajusta à realidade, aos fatores reais e efetivos do poder” (LASSALE, 2002, p. 68).

A necessidade de uma adequação da Constituição entre suas acepções jurídica e política é latente, condição *sine qua non* à sua validade e respeito às suas prescrições. Nesse sentido, o respeito as formas evolutivas da Constituição não devem ser desprezadas, considerando que as necessidades sociais, as possibilidades econômicas do Estado, a consciência cultural, etc, se alteram com o decurso do tempo, modificando de forma reflexiva a própria vontade de constituição.

Estar atento às mudanças sociais é uma forma de manter a integridade da Constituição, evoluindo o texto constitucional à nova realidade experimentada, garantindo, de fato, a higidez da sociedade e de todo o ordenamento jurídico. De outro vértice, a inobservância das mudanças sociais e da nova vontade de Constituição desveste de legitimidade a norma assim como a figura do Estado, deixando de emprestar representatividade à toda sociedade.

Como afirma José Joaquim Gomes Canotilho (*in* VARGAS, 2014, p. 27), “o direito constitucional é um direito vivo, é um direito em ação e não apenas um direito nos livros”, considerando que a descrição formal do texto constitucional não vincula o âmbito existencial da Constituição viva.

A esse respeito, a Constituição que não reflete o consenso social acaba por figurar como base jurídica de um autoritarismo flagrante, mantendo injustamente encarcerada toda a sociedade dentro de um plano normativo que não goza de legitimidade, figura normativa que não encontra fundamento em sua concepção ou substância (HESSE, 1991, p. 18)⁷.

Adiante, Konrad Hesse (1991, p. 7) afirma que “a Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força viva, que se assenta na natureza singular do presente”, considerando as necessidades e limitações atuais da sociedade, que não podem ser simplesmente ignoradas, mas adequadas à realidade. A Constituição deve encontrar, em seu povo, legitimidade,

⁷ Se não quiser permanecer “eternamente estéril”, a Constituição – entendida aqui como “Constituição jurídica” – não deve procurar construir o Estado de forma abstrata e teórica. Ela não logra produzir nada que já não esteja assente na natureza singular do presente. Se lhe faltam esses pressupostos, a Constituição não pode emprestar “forma e modificação” à realidade; onde inexistente força a ser despertada – força esta que decorre da natureza das coisas – não pode a Constituição emprestar-lhe direção; se as leis culturais, sociais, políticas e econômicas imperantes são ignoradas pela Constituição, carece ela do imprescindível germe de sua força vital. A disciplina normativa contrária a essas leis não logra concretizar-se.

outorgando ao ordenamento jurídico força normativa para o implemento dos direitos fundamentais, orientando a defesa dos princípios singulares que protegem a sociedade.

Em suma, a solidez de um plano constitucional depende de sua proximidade com a realidade e com os valores sociais, revestida de eficácia para o implemento de direitos e para a garantia de estabilidade funcional do Estado. Fora disso, considerando a volatilidade e maleabilidade de interesses particulares, a Constituição poderá mover-se por um plano jurídico diferente da realidade, considerando que “a ‘constitucionalização’ de interesses momentâneos ou particulares exige, em contrapartida, uma constante revisão constitucional, com a inevitável desvalorização da força normativa da Constituição” (HESSE, 1991, p. 7).

2 REVISÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição é formada através da conjugação da vontade coletiva, contemporânea aos interesses e às necessidades sociais. Com isso, o impulso inicial da vontade constitucional mantém estreita ligação com as necessidades próprias de cada geração legislativa e social, firmada na máxima expressão da razão coletiva, distante de uma forma autopoietica dos sistemas normativos.

A esse respeito, a Constituição exerce função preponderante na afirmação do Estado, consignando no texto normativo os anseios sociais, considerando, no ato de sua promulgação, a força do espírito que a gerou. Não obstante, a baliza normativa suscitada pelo texto constitucional não limita apenas as ações da sociedade que participou de sua elaboração, mas também a vontade das gerações futuras, forçando-as ao cumprimento e a legitimação de “projetos políticos que, provavelmente, já não serão os mesmos que pautaram o legislador constituinte” (HESSE, 1991, p. 7).

É certo que a Constituição, como documento escrito e pressuposto histórico de sua enunciação, deve compassar com a vontade social. Contudo, ainda que o texto constitucional sirva de fundamento para as gerações futuras, vinculando todos à sua observância, a herança legislativa só encontrará legitimidade se adequada à realidade mais contemporânea, garantindo a toda sociedade o direito de constituir e reformar as prescrições constitucionais. Nas palavras de Thomas Paine, “todas as idades e gerações devem ser livres de atuar por si próprias, em todos os casos, tal como as idades e gerações que as precederam”, garantindo às gerações futuras os mesmos direitos legislativos que foram conferidos às gerações precedentes (PAINE *in* BRITO, 2000, p. 126).

No mesmo sentido, Adriano Sant'Ana Pedra (2014, p. 95), parafraseando Eros Roberto Grau, escreve que:

Uma Constituição não é feita em um momento determinado, mas se realiza e se efetiva constantemente. Nesse sentido, afirma Eros Roberto Grau que “não existe a Constituição de 1988. O que hoje realmente há, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, ela é interpretada/aplicada”. Se a sociedade evolui, também o Estado deve evoluir.

Este pensamento confirma a ideia de uma sociedade fechada numa constante paradoxal, considerando a necessária preservação dos costumes aliada à irreversível renovação da vida, de modo que, ainda que a Constituição se revele adequada às aspirações sociais, todos aqueles que legitimaram sua promulgação certamente estarão mortos um dia, restando aos vivos a obrigação de preservar o texto constitucional conforme a sua realidade. Sendo assim, deve restar garantido o direito das gerações futuras em elaborar as necessárias revisões constitucionais, atribuindo legitimidade popular ao texto constitucional.

Antevendo os efeitos nefastos da legitimidade fictícia do texto constitucional no futuro, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1793 impediu a criação de preceitos normativos eternos, destacando, no art. 28, a garantia das gerações futuras em modificar as prescrições constitucionais, adequando-a à realidade mais contemporânea, dispondo que “um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar a sua constituição: - Uma geração não pode sujeitar às suas leis as gerações futuras”.

No mesmo sentido, seguindo o escólio de John Locke (*in* BRITO, 2000, p. 129) no texto do *Second Treatise*: “se alguém tomou para si próprio Compromissos ou Promessas, sejam eles quais forem, encontra-se Obrigado por eles, mas não pode por qualquer Acordo que seja, vincular os seus Filhos ou a Posteridade”. Destacando as diversas concepções jurídicas que defluem dessa linha de intelecção, o direito não poderia aproveitar nem prejudicar senão os que nele intervieram, ficando ao alvedrio das gerações futuras a ratificação ou modificação do ordenamento jurídico, considerando o espírito da época em que foi concebida ou modificada (GARCIA, 2015, p. 16)⁸ (HESSE, 1991, p. 20)⁹.

⁸ Sucede que esse processo é continuamente dinâmico; aquilo que se estabelece como a expressão de seu tempo tende a ver-se superado pelo contínuo processo histórico, que transforma a vanguarda em contemporaneidade e, sem seguida, em arcaísmo.

⁹ Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (*geistige Situation*) de seu tempo. Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral.

Reafirmando esses fundamentos, é essencial que uma sociedade tenha condições de modificar o texto constitucional, adequando suas prescrições à realidade da vida presente. A possibilidade de ajustar as leis à necessidade social passa a afigurar como uma garantia da subsistência e da evolução dos comportamentos sociais, atribuindo ao legislador atual a possibilidade de criar ou modificar qualquer texto normativo que tende a limitar ou ampliar direitos à vista de suas necessidades e/ou possibilidades.

Firmando a ideia de uma contabilidade básica, se o Estado arrecada valor insuficiente para a cobertura da soma de seus gastos, estará obrigado, necessariamente, a readequar o total das despesas, modificando, eventualmente, as prescrições legislativas para a redução dos investimentos (estruturais, sociais, administrativos, etc). O inverso é igualmente verdadeiro, de modo que, havendo um superávit nominal nas contas públicas, o Estado poderá, à vista das necessidades sociais, instituir novos direitos ou aumentar a soma dos investimentos em benefício da sociedade. Contudo, **1)** se for impossível a revisão constitucional; e, de forma antagônica **2)** existir a necessidade de limitar ou aumentar a soma de direitos conforme as necessidades sociais mais contemporâneas, de que forma o Estado e a sociedade poderiam ajustar as novas necessidades às prescrições constitucionais já existentes? Apesar da possibilidade de o Estado romper com a ordem constitucional anterior através da promulgação de um novo texto constitucional, o mais adequado seria a possibilidade de revisão do ordenamento jurídico já existente, considerando que, de uma forma menos traumática, o Estado e a sociedade poderiam reformar apenas as distorções pontuais, sem o inconveniente de apagar todo o texto constitucional já existente.

Por fim, a antítese do poder revisor afigura como instrumento igualmente importante para a manutenção da legitimidade constitucional, com a observação de que toda formulação legislativa que pretenda modificar o texto constitucional deve ser precedida por uma análise conscienciosa, considerando, talvez, a prevalência de interesses escusos daqueles que detêm o controle parlamentar (HESSE, 1991, p. 21)¹⁰. Sendo assim, à revelia do interesse social, poder-se-ia estabelecer modificações arbitrárias do texto constitucional suscetíveis de vulgarizar o nobre sentido da readequação do texto normativo, assim como Konrad Hesse (1991, p. 22) já havia denunciado.

Igualmente perigosa para força normativa da Constituição afigura-se a tendência para a frequente revisão constitucional sob a alegação de suposta e inarredável necessidade política. Cada reforma constitucional expressa a ideia de que, efetiva ou

¹⁰ A "constitucionalização" de interesses momentâneos ou particulares exige, em contrapartida, uma constante revisão constitucional, com a inevitável desvalorização da força normativa da Constituição.

aparentemente, atribui-se maior valor às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente. Os precedentes aqui são, por isso, particularmente preocupantes. A frequência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição.

A flexibilização da Constituição com a conseqüente banalização dos instrumentos de modificação de seu texto influi diretamente na percepção da força que deveria gozar, influenciando negativamente na preservação de direitos, na estabilidade jurídica do Estado e da eficácia da própria Constituição (HESSE, 1991, p. 22)¹¹. Contudo, o medo de uma ingerência legislativa não pode se sobrepor ao próprio direito de revisão, subserviente à falsa premissa que se reprimido por um mal, não estará por outro. De toda sorte, deve ser garantido a toda sociedade o pleno direito de revisão, conformando o direito à realidade social mais contemporânea, esperando do legislador um comportamento ético e em conformidade aos preceitos jurídicos existentes, impondo, a qualquer conduta insidiosa, o rigor da lei.

3 PRESSUPOSTOS PARA A FORMAÇÃO DO ESTADO E DA CONSTITUIÇÃO – LIMITAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL À SUA CAPACIDADE FINANCEIRA

Apesar do poder ilimitado outorgado ao legislador constituinte originário, podendo ele dispor de direitos e estabelecer obrigações suscetíveis de vincular o Estado e toda a sociedade, há um consenso na doutrina mais contemporânea de que as proposições constitucionais estariam condicionadas à “vontade de constituição”, de modo que o legislador não poderia contrariar o senso comum, as tradições, as declarações internacionais além da realidade onde será inserido (HESSE, 1991, p. 25)¹².

Com inspiração em José Joaquim Gomes Canotilho, o professor Zulmar Fachin (2015, p. 56) ensina que há algumas condicionantes ao poder constituinte originário, assim resumidas:

- a) se Constituição a ser elaborada deve ter por escopo organizar e limitar o poder, então o poder constituinte, ao fazer sua obra, estará condicionado por esta “vontade

¹¹ Como anotado por Walter Burckhardt, aquilo que é identificado como vontade da Constituição "deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático". Aquele, que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, "malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado".

¹² Se os pressupostos da força normativa encontrarem correspondência na Constituição, se as forças em condições de violá-la ou de alterá-la mostrarem dispostas a render-lhe homenagem, se, também em tempos difíceis, a Constituição lograr preservar a sua força normativa, então ela configura verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio.

de constituição”. Deseja-se o poder organizado e limitado e esta circunstância condiciona a vontade do criador;

b) o poder constituinte é “estruturado e obedece a padrões e modelos de condutas espirituais, culturais, éticos e sociais radicados na consciência jurídica geral da comunidade” (Canotilho)

c) o princípio de justiça, impregnado na consciência de homens e mulheres, é condicionante incontornável da liberdade e onipotência do poder constituinte. Se pode tudo, já não lhe é permitido contrariar os princípios de justiça, como, por exemplo, o de que não se deve lesar a outrem;

d) o poder constituinte, embora seja a expressão máxima da soberania popular o âmbito do Estado-nação, não pode simplesmente ignorar princípios de Direito Internacional. Ao contrário, deve estar vinculado a alguns desses princípios, tais como o princípio da independência, o princípio da autodeterminação dos povos, o princípio da prevalência dos direitos humanos, o princípio da igualdade entre os Estados, o princípio da defesa da paz e o princípio da solução pacífica dos conflitos.

Ainda que o poder constituinte possa dispor de direitos e obrigações sem a limitação formal de um texto normativo antecedente, é certo que seu texto deverá observar os contornos estabelecidos pela realidade a sua volta, dispondo de meios para a adequação da vontade política (originariamente imbricada em toda a sociedade) às possibilidades materiais do Estado.

Limitando os pressupostos para a formação da Constituição à correspondente capacidade financeira do Estado, o legislador constituinte não poderia pretender o implemento de direitos no corpo da Constituição se distantes da realidade material do Estado. Se outro for o entendimento, o legislador constituinte acabaria por criar dispositivos normativos inócuos, ou forçaria a máquina pública ao colapso total. Em outras palavras, o Estado alocaria a soma de seus recursos para tentar o implemento de um direito garantido constitucionalmente, ainda que remanescesse distante de sua efetividade, considerando a necessidade formal em dar cumprimento ao texto constitucional.

De fato, uma norma que deixa de refletir as condições próprias do Estado não atende aos pressupostos de validade do texto constitucional, considerando o desconhecimento básico de suas necessidades e possibilidades. É nesse sentido o escólio de Adriano Sant’Ana Pedra (2014, p. 95), *in verbis*:

A Constituição deve estar em harmonia com a realidade e deve se manter aberta ao tempo, em um equilíbrio homeostático. As mudanças constitucionais são necessárias como meio de preservação e de conservação da própria Constituição, visando ao seu aperfeiçoamento e buscando, em um processo dialético, alcançar a harmonia com a sociedade.

Firmando uma interpretação analógica sobre o assunto, é possível o entendimento de que nenhum organismo nasce grande por completo, pelo contrário, nasce pequeno, mas com os comandos básicos para se desenvolver em um processo gradual até alcançar a plenitude. O desenvolvimento social é um processo evolutivo gradual (VARGAS, 2014, p. 28). De nenhum

organismo se espera que nasça grande, mas se espera que se torne grande! Porque seria diferente na Constituição de um Estado ou de qualquer ordenação social?

Nesse sentido, de que adianta o legislador originário dispor de direitos e garantias constitucionais se o Estado não tiver capacidade material para o seu implemento?

Aproximando o tema à realidade brasileira, a Constituição Federal de 1988 dispôs de forma ampla acerca dos direitos sociais, garantindo-os formalmente ainda que não tivesse o compromisso de os garantir materialmente. Com efeito, a obrigação de dar uma resposta a todas as garantias sociais fez com que o legislador constituinte apenas arranhasse cada um dos direitos sociais, tocando-os superficialmente para declarar seu cumprimento, sem a responsabilidade de atingir o objetivo de cumpri-los concretamente.

A esse respeito, é como se o legislador constituinte tivesse se esforçado em condensar a soma de direitos dentro do texto constitucional para o fim de declará-los, ainda que não coubesse a ele o pesado fardo de implementá-los, considerando a limitação financeira verificada na data de sua promulgação ou da projeção de seus efeitos no futuro. Igualmente, é como se o legislador constituinte tivesse iniciado um trabalho sem a perspectiva de sua conclusão, servindo-se de um discurso demagógico para declarar os direitos e garantias constitucionais à população, ainda que não subsistisse meios para sua consecução.

De toda sorte, não é demérito constitucional o reconhecimento das limitações do Estado, considerando a criação e o desenvolvimento progressivo de direitos e garantias constitucionais. Contudo, a inobservância dos pressupostos constitucionais para a criação de direitos dissonantes da realidade material do Estado é ilegítima, suscetível de produzir efeitos colaterais em prejuízo de toda ordem jurídica e social.

Em face dessa contingência, Konrad Hesse (1991, p. 17) afirma que “toda Constituição, ainda que considerada como simples construção teórica, deve encontrar um germe material de sua força vital no tempo, nas circunstâncias, no caráter nacional, necessitando apenas de desenvolvimento”.

No mesmo sentido, assim como enunciado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, constitui dever dos Estados assumir compromissos dentro de suas limitações financeiras, instituindo direitos em conformidade ao máximo de seus recursos disponíveis, assegurando o desenvolvimento progressivo dos direitos em consideração ao desenvolvimento próprio do Estado.

Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966.
Art. 2º-1. Cada Estado-parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente

nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

Na medida em que o legislador constituinte reconhece as limitações materiais para a consecução dos direitos fundamentais e da personalidade, tanto o Estado quanto a Constituição assumem melhores condições para um desenvolvimento sustentável, considerando a efetivação de direitos em conformidade à sua capacidade própria, além de detratar, de forma reflexa, a ideia de emancipação dos direitos enunciados abstratamente no texto constitucional.

4 CONSTRUÇÃO DAS DISPOSIÇÕES NORMATIVAS – A ASSEGURAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Em referência à Constituição Federal de 1988, com a elevação dos direitos sociais ao status de direitos fundamentais, houve uma expansão desmedida do investimento público, considerando que o implemento da soma dos direitos não encontra qualquer limitação material, subsistindo a obrigação enquanto subsistir a necessidade, concepção diametralmente oposta às designações iniciais de seu conteúdo, assim como afirma Virgílio Afonso Silva (2011, p. 136):

A primeira barreira que se queria romper, no que diz respeito à expansão dos efeitos dos direitos fundamentais, era o lugar comum segundo o qual direitos fundamentais por excelência são os direitos de defesa, também chamados de liberdades públicas, de caráter essencialmente liberal.

Considerando a designação clássica dos direitos fundamentais, diferente do disposto na Constituição Federal de 1988, seu surgimento está relacionado com a limitação dos abusos estatais, considerando a liberdade individual muito mais do que a obrigação de interveniência do Estado. É nesse sentido o magistério de Vergílio Afonso Silva (2011, p. 139), em análise às legislações que precederam a instituição dos direitos fundamentais.

[...] ao contrário do que ocorre com a Constituição alemã, que adotou, pelo menos formalmente, um modelo liberal de direitos fundamentais, a Constituição brasileira de 1988, na esteira do que já acontecia pelo menos desde a Constituição de 1934, extrapola essa ideia por meio da previsão de uma série de outros direitos fundamentais (sociais, econômicos, dos trabalhadores etc.), cuja razão de ser se encontra muito mais nas relações entre particulares do que na relação Estado-indivíduo.

Nesse sentido, os direitos sociais não encontram fundamento na acepção clássica do conteúdo dos direitos fundamentais, consagrando-se em razão do interesse social na

contemporaneidade. A cabo disso, a Constituição Federal de 1988 tratou de assegurar os direitos sociais como direitos fundamentais, ainda que sem a responsabilidade anterior de se analisar a viabilidade econômica para o seu implemento, destacando o descompasso existente entre os Poderes Legislativo e Executivo.

Não obstante, as prescrições normativas não vigoram distantes da realidade, ampliando ou retraindo sua força em consideração à soma das necessidades e das possibilidades existentes na sociedade.

Reconhecendo a importância legislativa, a lei deve nascer para o fim de aperfeiçoar-se, refutando qualquer ideia de compleição inaugural de um texto normativo. Quer se dizer, com isso, que a norma não encontrará um ambiente de estagnação, permanecendo em um movimento circular de desenvolvimento, considerando a intensificação ou desvanecimento de sua importância. A esse respeito, havendo uma conformação entre o ordenamento jurídico e a capacidade material do Estado, a lei terá capacidade de fixar-se e de desenvolver-se progressivamente, encontrando solo fértil para sua subsistência e para manutenção de sua legitimidade. Vale dizer que nenhuma disposição normativa deveria nascer completa, em um conceito exauriente de premissas inflexíveis.

Referindo-se ao marco conceitual do desenvolvimento progressivo da sociedade e do direito, a soma das disposições normativas deveria ser construída a exemplo de uma casa, preparando o solo para receber a fundação, o levante das paredes para, enfim, instalar o telhado. No entanto, firmando um comparativo com a Constituição Federal de 1988, subsiste a imagem deturpada da construção simultânea de todas as partes dessa mesma casa, exigindo ao tempo da preparação da fundação a construção do telhado, de modo que, apesar de finalizada todas as etapas construtivas, não se conseguirá alcançar o fim pretendido com a sua edificação.

Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 4) pontua aquilo que muitos já alertavam, afirmando que os excessos legislativos impedem a efetividade do próprio Direito, destacando o fato de que “a Constituição não cabe no PIB”.

Os críticos consideram ingênua a “inflação de direitos” promovida nesse processo. Alertam para o fato de que como disse certa vez um jurista, “a Constituição não cabe no PIB”. Haveria um excesso de direitos, correspondentes a aspirações sociais cuja satisfação depende da macroeconomia, da organização dos setores produtivos, da inserção do Estado na economia mundial, enfim, de variáveis estranhas ao direito. Para os países em desenvolvimento, o rol de direitos inspirado nas Declarações Internacionais e nos textos constitucionais dos países avançados constitui ideal irrealizável, em vista dos meios disponíveis.

Mais do que isso, em certos momentos, como ocorreu nos anos 80 com o declínio do Estado de bem-estar nos países europeus, a multiplicação de direitos, particularmente os direitos sociais, seria um fator de perda de competitividade dos Estados, na medida

em que tais direitos imporiam a criação e manutenção de pesadas e dispendiosas estruturas de serviços públicos de saúde, educação, etc.
[...] Embora possa haver algum questionamento sobre o quesito competitividade entre os países que têm índices de desenvolvimento humano (IDH) elevados, é indubitável que o IDH baixo está associado a reduzida capacidade de competição e inserção na economia mundial.

O acesso universal do direito à saúde assegurado na Constituição Federal de 1988 é o exemplo vítreo da inferência legislativa na competência material do Estado, firmando um compromisso inarredável, amplo e ilimitado entre o Estado e a sociedade.

O art. 196 da Constituição Federal enfatiza, inicialmente, que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, demonstrando a universalidade do sistema e abrangência de seu conteúdo, com o reconhecimento da relação jurídica obrigacional e a imposição de um dever prestacional, considerando o desenvolvimento de políticas públicas que busquem a promoção do direito em si (MENDES, 2015, p. 901-902).

Embora o Estado careça de condições mínimas para a efetivação do direito à saúde, terá ele o dever de implementá-lo, podendo ser constrangido ao cumprimento de sua obrigação constitucional embora subjaza distante de sua própria capacidade material. É dizer que a efetivação do Direito não cabe dentro do orçamento do Estado.

De outro norte, em consideração a força normativa da Constituição, o Poder Judiciário poderá compelir o Estado ao cumprimento de obrigações sociais, ainda que ele não tenha capacidade material para seu cumprimento. É o caso de decisões em que juízes obrigam o Estado a entregar medicamentos e a oferecer tratamentos médicos, ainda que diferente do plano de governo e do orçamento planejado pelo Poder Executivo.

Com destaque ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 393.175-RS de relatoria do Ministro Celso de Mello, restou assentado pelo Supremo Tribunal Federal o dever do Estado em prestar assistência integral a todas as pessoas, garantindo efetividade ao texto constitucional, *in verbis*:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação o plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. Distribuição gratuita, a pessoas carentes, de medicamentos essenciais à preservação de sua vida e/ou de sua saúde: um

dever constitucional que o Estado não pode deixar de cumprir. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5.º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daqueles que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.

Bem como se lê do julgamento do Recurso Extraordinário de lavra do Ministro Celso de Mello, com o reconhecimento normativo do Direito, não cabe ao Estado discutir sua capacidade econômica para o cumprimento do mandamento constitucional. Constituindo um ônus, o investimento e a busca pela efetividade do direito à saúde deve operar-se em face de toda sociedade, ainda que o Estado não detenha condições materiais para tanto.

CONCLUSÃO

À vista do exposto, o direito deve compassar com a realidade social mais contemporânea, considerando os mais diversos aspectos culturais, ambientais e econômicos que permeiam o disforme coletivo. A sociedade evolui e, com ela, o direito.

Com efeito, entendendo o Direito como uma necessidade, a normatização das expressões sociais constitui fundamento de estabilidade e progressão do Estado, considerando o reconhecimento formal das prioridades legislativas para o implemento dos direitos individuais e coletivos, além da necessária adequação do binômio necessidade/possibilidade, considerando a relação dos fatos e dos costumes com a própria capacidade do Estado.

Melhor dizendo, o Direito só terá aplicabilidade se adequado à realidade social, firmando o entendimento de que ele não vigorará como instrumento de criação e conformação de novas formas de interação e aceitação social. Firme nessa linha de inteligência, não cabe ao Direito o estabelecimento de prescrições normativas completamente distintas das especificidades sociais, pretendendo a imposição de novos comportamentos ou diretrizes absolutamente dissonantes do padrão hegemônico. Igualmente, não cabe ao Direito criar ou descrever novos comportamentos sociais com a finalidade de impor ou constranger seu cumprimento, restando à lei unicamente a descrição de um comportamento possível, contemporâneo e moralmente aceito. Em linhas gerais, o Direito não deve regular fatos jurídicos impossíveis nem constranger o cumprimento de obrigações excessivamente onerosas, sob pena de ruir diante da ineficiência pragmática de sua própria ilegitimidade.

Firmando um contraponto, o Direito deve dedicar-se à regulamentação de fatos e acontecimentos jurídicos possíveis, fazendo com que a lei integre o ordenamento jurídico como

algo próprio e imanente da sociedade. Para tanto, a regulação normativa e a aceitação popular devem caminhar juntas, coexistindo somente se condicionadas e respeitadas uma a outra, considerando, no mesmo sentido, a condição de compleição e validade de sua conjugação.

A cerca disso, o direito à saúde foi alçado à qualidade de direito social fundamental, revelando sua importância para a manutenção da integridade social e da vida humana, além da própria integridade jurídica do Estado. Nessa perspectiva, o legislador constituinte originário impôs uma limitação ao poder reformador, definindo o direito à saúde como cláusula pétrea, insuscetível de qualquer modificação tendente a suprimir, total ou parcialmente, a soma de direitos já assegurados.

O direito à saúde, na Constituição Federal de 1988, foi concebido como um supradireito (guardião dos direitos da personalidade), condicionando todas as gerações futuras à sua observância.

Em face dessa contingência, foi retirado do legislador ordinário a possibilidade de firmar qualquer compromisso em oposição às designações constitucionais insculpidas no rigor das cláusulas pétreas, ainda que isso leve ao colapso institucional do Estado em consideração ao descompasso entre as prescrições normativas e a realidade material que se constrói a sua volta.

Com isso, muito embora o destaque aos direitos sociais fundamentais exerça relevante importância na afirmação do homem e de sua dignidade, deverá haver antes condições substanciais para o seu cumprimento, remanescendo a dúvida de como dar efetividade aos direitos já fundamentados no texto constitucional.

Esse entendimento é consentâneo à realidade jurídica, considerando que a relevância dos preceitos constitucionais não se confunde com sua efetividade, haja vista a distância que medeia as prescrições normativas à sua materialidade. Com efeito, diversamente do que preceitua parte da doutrina, aplicar o Direito não é, necessariamente, torná-lo efetivo, de modo que sua dimensão deve contrastar com o impacto de suas ações, considerando o dever expresso do Estado em dar cumprimento aos mandamentos constitucionais em conformidade à sua capacidade.

Ao considerar a legitimidade de que gozam as disposições constitucionais, suas prescrições devem compassar com os ideais sociais da vida mais contemporânea, de modo que, à vista das novas formas de interação, não é justo que preceitos jurídicos nominados pela quadratura legislativa daqueles que já morreram estabeleçam cláusulas constitucionais petrificadas, negando o exercício soberano da vontade social futura àqueles que, um dia, hão de herdar o exercício soberano das funções do Estado.

Tecendo afinações críticas que possam auxiliar no escrutínio do tema em voga, não parece razoável o estabelecimento de qualquer prescrição normativa constitucional tendente a limitar o poder legiferante, forçando a soma de todo o disforme coletivo ao cumprimento de um mandamento constitucional que não necessariamente espelhará a capacidade material do Estado ou a própria vontade social.

Em suma, a petrificação do direito à saúde para o fim de torná-lo insuscetível de diminuição não parece, igualmente, adequado ao fim colimado pelo legislador constituinte originário, considerando a possibilidade real de o direito descompassar com a vontade de Constituição mais contemporânea, impedindo, na mesma proporção, o necessário processo evolutivo das prescrições normativas de um ideal social, forçando o rompimento da ordem jurídica para o estabelecimento, talvez em um futuro breve, de um novo texto constitucional.

BIBLIOGRAFIA

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 85.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 393.175-RS. Relator: Ministro Celso de Mello. *Pesquisa de Jurisprudência*, Acórdãos, 12 de dezembro de 2006. Disponível em: <>. Acesso em: 20 de novembro de 2016.
- BRITO, Miguel Nogueira de. *A Constituição Constituinte: Ensaio sobre o poder de revisão da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- VARGAS, Denise Soares. *Mutação constitucional via decisões aditivas*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- GARCIA, Valdinei Pereira (Org.). *Temas atuais de direito Constitucional: Artigos elaborados durante o programa de cursos intensivos para o Doutorado da Facultad de la Universidad de Buenos Aires – UBA*. LTr: São Paulo, 2015.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. Tradução de J. Cretella. 8. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

- LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A Ciência do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.
- PEDRA, Adriano Sant'Ana. *Mutação constitucional: Interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- VARGAS, Denise Soares. *Mutação constitucional via decisões aditivas*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- WOLKMER, Antônio Carlos. O direito nas sociedades primitivas. IN: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de história de direito*. 3. ed. rev. e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2006.