

ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO:

História, direitos fundamentais e separação dos poderes

Siddharta Legale Ferreira

Sumário: I. Aspectos gerais. II. Breve histórico no mundo: Do Estado liberal ao Estado social. III. Breve histórico no Brasil. IV. Os direitos fundamentais do Estado social e democrático de direito. V. Separação dos poderes no Estado social e democrático de direito. VI. Apontamentos finais. VII. Notas e referências bibliográficas.

I. Aspectos gerais

Entender o que significa o Estado democrático e social de direito pressupõe que sejam apresentados os conceitos empregados na sua criação, em especial, Estado de direito, Estado social e democracia. Deve ser enfatizado, porém, que o Estado social e democrático de direito não surge da mera superposição entre essas três noções. Pelo contrário, enseja uma proposta inovadora e original, como se terá oportunidade de abordar, após explicar cada um dos seus elementos.

A luta pelo Estado de direito se espalhou pelo ocidente, especialmente no contexto do Estado liberal de países como Inglaterra, Estados Unidos, França e Alemanha.¹ No contexto inglês, o Estado de direito ou *rule of law* designa a busca por um processo justo, pelo reconhecimento da supremacia da lei, do direito de acesso aos tribunais e ao *due process of law* que acabaram sendo reconhecidas na Magna Carta. No contexto norte-americano, consolidou-se as idéias do reinado da lei (*reign law*), da supremacia da Constituição e, depois, da garantia dos direitos fundamentais. Na França, também se defendeu um *état legal*, segundo o qual se sublinha a supremacia não da Constituição, mas sim da lei fundamentada na vontade popular que se exprime pelo parlamento². Por fim, no contexto alemão, fala-

se em *Rechtstaat* no qual prevalece a idéia de um Estado mínimo, nos moldes de um Estado liberal de direito. Nele, há uma separação entre Estado e sociedade, já que a intervenção do Estado representava um tendencial perigo à liberdade e à propriedade.

Por essa razão, defende-se a reserva legal como pressuposto para intervenção ou restrição dos direitos dos cidadãos³. Os pressupostos materiais subjacentes ao princípio são formados pelas idéias de (i) juridicidade, (ii) a supremacia da constituição, (iii) direitos fundamentais, com foco na liberdade⁴, (iv) separação dos poderes⁵ e (v) garantia de uma administração local autônoma⁶. Procura-se, dessa forma, instituir garantias para racionalizar a atividade do Estado⁷.

Durante o período de guerras mundiais e pós-guerra, a idéia de “Estado de direito” foi mobilizada para criticar os Estados totalitários, em suas diversas manifestações: fascista, socialista e as ditaduras. Resultado: seu conteúdo começou a ser visto e revisto sob prismas novos. Por outro lado, as críticas sociais e socialistas ao Estado de direito não permitem mais que ele seja mantido nos moldes liberais.

Passa-se, então, a falar em um Estado social de direito preocupado não só com a segurança jurídica, mas também com os ideais de justiça e igualdade, mobilizados especialmente para garantia e efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais. O Estado social de direito não deve ser confundido com o Estado socialista⁸. Com o fim dos regimes fascistas e socialistas, percebeu-se que a história não chegou ao fim⁹. Houve apenas o prenúncio de uma nova etapa.

Ao Estado social de direito, adicionou-se o elemento democrático. Surgiu, então, o Estado social e democrático de direito¹⁰. Por certo, não há consenso sobre o significado da palavra democracia. Ela se reinventou e continua se reinventando.

Da proposta de democracia “pseudodireta” de Atenas¹¹, passando pelas propostas de democracia representativa e participativa da modernidade¹², até as mais recentes discussões sobre a democracia deliberativa existem nuances que não serão objeto de uma reflexão detida.

Será necessário restringir a exposição ao modelo cooperativo de democracia deliberativa¹³. Em primeiro lugar, o debate é mais atual. Em segundo, ele possibilita harmonizar a tensão entre o Estado de direito, como limitação do poder, e a soberania popular, como decorrência da democracia. A proposta reconhece o desacordo moral existente nas sociedades contemporâneas. Reconhece também que o Estado de direito, como garantia das liberdades, é uma pré-condição para que as pessoas possam deliberar livremente sobre a coisa pública e, dessa forma, existir uma democracia efetiva. Chama-se atenção, contudo, para o fato de que as liberdades não bastam para assegurar a existência de uma deliberação pública realmente justa. A igualdade material e algumas propostas oriundas do Estado social constituem também pré-condições para deliberação pública. Afinal, um indivíduo sem acesso à educação ou a saúde encontra-se em desvantagem no complexo jogo de argumentos e contra-argumentos que envolve a deliberação pública.

A democracia não se restringe apenas à participação no poder. É também controle dos governantes pelos governados.¹⁴ Em semelhante sentido, Jorge Reis Novais explica com clareza que

“Para que o qualificativo ‘social’ aposto ao Estado não seja mero ‘afã retórico’ não basta a intervenção organizada e sistemática do Estado na economia, a procura do bem-estar, a institucionalização dos grupos de interesses ou mesmo o reconhecimento jurídico e a consagração constitucional dos direitos sociais; é ainda imprescindível a manutenção ou

aprofundamento de um quadro político de via democrática que reconheça ao cidadão um estatuto de participante e não apenas, como diz Garcia-Pelayo, de mero recipiente da intervenção 'social' do Estado”¹⁵.

Dessa combinação de idéias, surge uma proposta original que ficou conhecida como de Estado social e democrático de direito¹⁶. Em linhas gerais, tal modelo de Estado pode ser definido como o governo do povo, garantido por pré-condições e limitado pelas leis e pelo direito, cuja finalidade principal é concretizar os interesses da coletividade que consideram obrigatoriamente – mas não apenas – as políticas de redistribuição e reconhecimento, voltadas destacadamente à implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais.

No intuito de detalhar um pouco melhor tal idéia dividimos o trabalho em quatro partes. A primeira é trata da história do Estado social no Mundo. A segunda, no Brasil. A terceira expõe brevemente o conteúdo dos direitos econômicos, sociais e culturais que, sem dúvida, representam a singularidade do Estado social em relação às demais formas de estado. A quarta expõe os traços distintivos de cada um dos Poderes que compõem o Estado social e democrático de direito.

II. Breve histórico no mundo: Do Estado liberal ao Estado social

O Estado moderno, de feições absolutistas, passou a ser retratado, de um lado, pelo Monarca como o inimigo da liberdade, favorecedor da nobreza, dono das terras e, de outro, por uma sociedade composta de súditos, disposta num plano inferior e subjugada às ordens daquele. Da condição de representantes da divindade na terra, os reis passaram a meros mortais desgarrados de poderes metafísicos e agarrados aos seus interesses políticos e econômicos.

O crescimento do poder econômico da burguesia, juntamente, com a ascensão dos movimentos sociais, foi o responsável pelas críticas e ações que conduziram às mudanças dos acontecimentos. Teóricos como Adam Smith, Stuart Mill¹⁷, John Locke¹⁸, Montesquieu¹⁹, Rousseau²⁰ ganharam destaque em suas defesas pela propriedade, liberdade, igualdade formal e da contenção de poder. Reinava o individualismo e a defesa de um absentismo do Estado na esfera econômica. Direitos fundamentais foram reduzidos às liberdades e ao bom governo do Estado em que os poderes estivessem bem limitados. Bastava, nesse paradigma, um Legislador que apenas obedecesse a Constituição, uma Administração que tão-somente seguisse à lei e o Judiciário que fosse o mero árbitro dos conflitos privados ou a boca que pronunciava as palavras da lei.

Em linhas gerais, era essa a ideologia subjacente às Revoluções liberais, como a Revolução Gloriosa, a Revolução Francesa, a Independência das 13 colônias americanas, e uma série de documentos produzidos como a Declaração do Estado de Virgínia em 1776, a posterior Constituição de 1787 e, por fim, o *Bill of Rights* de 1787. Sob o manto da liberdade e separação de poderes, escondia-se que o Estado Liberal acabou se prestando a atender os interesses da classe social emergente, a burguesia. Critica-se que, deflagrada as revoluções, o “quarto estado”²¹, os mais pobres da Revolução Francesa, acabaram esquecidos. O proletariado acabou subjugado a condições desumanas das grandes cidades como Paris e Londres, desde as péssimas condições de trabalho até as moradias degradantes desprovidas de um mínimo de saneamento básico²².

Diante das terríveis condições, emergiram os movimentos socialistas do século XIX e início do século XX. A ideologia liberal passou a ser questionada. Autores como Charles Fourier, Robert Owen e Luis Blanc, Marx e Engels²³

destacaram-se, seja por seu socialismo utópico, seja pelo socialismo científico.²⁴ A ordem do dia passou a ser a crítica ao individualismo exacerbado, à “mais valia”, à exploração do capital sobre o trabalho e o destaque a luta de classes. Conceitos esses que desempenharam um papel fundamental para o nascimento dos direitos do trabalhador, da igualdade material e da intervenção Estatal na economia. Os conceitos se tornaram reivindicações. As reivindicações, lutas. As lutas, Revoluções, como a Mexicana, a Russa e as diversas que se espalharam pelo mundo. As Revoluções deram lugar ao Estado socialista e, mais tarde, também ao Estado social e democrático.

A influência ideológica socialista que, em sua base, repudia os privilégios de classe e a injustiça da ordem liberal, no caminho para a construção de uma sociedade igualitária²⁵, marcou o Estado social, atingindo até mesmo Estados conhecidamente capitalistas, tal como aconteceu com os EUA no *New Deal*.

Existem, porém, inúmeros pontos divergentes entre o Socialismo e o Estado Social. Em Marx e nas propostas socialistas, o caminho para alcançar a sociedade sem classes é a Revolução, com tomada do poder pelos trabalhadores. A mudança não vem pela via pacífica, tampouco pela deliberação pública da necessidade de transformações democráticas²⁶. O Estado Socialista deveria deter, por isso, o controle dos meios de produção, abolindo a propriedade privada dos meios de produção. O indivíduo cederia ao coletivo. Estava-se diante da Ditadura do Proletariado²⁷.

Assim como Marx e Engels, Lênin, afirma que a ditadura do proletariado só aconteceria por meio da revolução: “*O Estado é ‘um força especial de repressão’.* *Esta notável e profunda definição de Engels é de uma absoluta clareza. Dela resulta que essa ‘força especial de repressão’ do proletariado pela burguesia, de milhões de*

*trabalhadores por um punhado de ricos, deve ser substituída por uma 'força especial de repressão' da burguesia pelo proletariado (a ditadura do proletariado)"; "Este (o estado burguês) só pode, em geral, ceder lugar ao Estado proletário por meio da revolução violenta"*²⁸.

Além disso, o Estado socialista (marxista) não se coaduna com o princípio democrático. A democracia era mais uma artimanha burguesa para manter a classe operária subjugada. O sufrágio seria incapaz de impor, verdadeiramente, os desejos da classe operária²⁹.

A Rússia foi o grande palco do socialismo. Após muita luta para derrubar o governo, os socialistas, liderados por Lênin³⁰, tomaram o poder. Muitos Estados liberais, com medo da onda socialista e comunista, passaram a resistir menos às propostas do Estado Social. Nessa linha, Paulo Bonavides explica que "O Estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal"³¹.

O Estado social é, de fato, um modelo que se mostrou em vários regimes, cujas principais propostas podem ser exemplificadas em três documentos históricos. O primeiro deles foi a declaração dos Direitos do Povo e do Trabalhador, na Revolução Russa de 1917. Os outros dois foram a Constituição Mexicana de 1917, resultado da Revolução Mexicana, e a Constituição de Weimar de 1919, resultado da Alemanha arrasada pela primeira guerra mundial (e base para a sustentação futura do regime nazista). Os EUA não optaram por um novo documento, mas, quando a questão social se intensificou com a crise da década de 30, novas interpretações de sua Constituição liberal deram rumos mais intervencionistas ao Estado.

Destacou-se na fundamentação do Estado social a contribuição do economista John Maynard Keynes. O autor defendia um Estado intervencionista, que não deveria controlar todos os meios de produção, mas apenas interferir com objetivo de garantir o pleno emprego. Confira-se em suas próprias palavras:

“Embora essa teoria indique ser de importância vital o estabelecimento de certos controles sobre atividades que hoje são confiadas, em sua maioria, à iniciativa privada, há muitas outras áreas que permanecem sem interferência. O Estado deverá exercer uma influência orientadora sobre a propensão a consumir, em parte através de seu sistema de tributação, em parte por meio da fixação da taxa de juros e, em parte, talvez, recorrendo a outras medidas. Por outro lado, parece improvável que a influência da política bancária sobre a taxa de juros seja suficiente por si mesma para determinar um volume de investimento ótimo. Eu entendo, portanto, que socialização algo ampla dos investimentos será o único meio para assegurar uma situação aproximada do pleno emprego, embora isso não implique a necessidade de excluir ajustes e fórmulas de toda a espécie que permitam ao Estado cooperar com a iniciativa privada. Mas, fora disso, não se vê razão evidente que justifique um Socialismo do Estado abrangendo a maior parte da vida econômica da nação. Não é a propriedade dos meios de produção que convém ao Estado assumir. Se o Estado for capaz de determinar o montante agregado dos recursos destinados a aumentar esses meios e a taxa básica de remuneração aos seus detentores, terá realizado o que lhe compete.”³²

A Revolução mexicana resultou da contestação ao governo tanto por parte dos líderes liberais, entre eles Francisco Madero, quanto dos líderes camponeses Emiliano Zapata, Pancho Villa e Pascal Orozco. A convergência de interesses recaia na busca pelo fim do autoritarismo. Travados muitos conflitos, Diaz foi deposto em 1911 e os liberais assumiram o poder. As demandas da parte rural e pobre, que lutara na Revolução, não foram completamente atendidas. A reforma agrária, os direitos trabalhistas, a nacionalização das empresas, entre outras, deram lugar aos anseios da nova burguesia, nos projetos governamentais³³.

Resultado: ocorreu a separação entre constitucionalistas e convencionalistas. Os primeiros, liberais, primavam pela reforma da Constituição de 1857, enquanto os convencionalistas pela modificação total, defendendo a adoção de uma nova Constituição. Zapata simpatizou com a última posição, razão pela qual Venustiano Carranza, Presidente do período, acabou tomando um caminho mais curto: mandou assassinar Zapata e “promulgou a Constituição mexicana de 1917”.

Desenhada sob o contexto reivindicações da Revolução Mexicana, emergiu a primeira Constituição Social do Mundo, a mexicana de 1917, a prever com clareza e destaque alguns direitos sociais. A positivação desses direitos representava a luta contra as condições subumanas dos camponeses e a ditadura ferrenha de Porfírio Diaz.³⁴ O seu art. 27, por exemplo, falava da reforma agrária e o art. 123, de direitos trabalhistas.

Outro exemplo histórico marcante de Estado Social pode ser encontrado na República de Weimar. A República inaugurava uma fase inédita na estruturação do Estado constitucional germânico, simbolizado pela positivação dos direitos sociais. Embora entre 1919 a 1923, tenham sido registradas graves crises econômicas em razão da Guerra; o período subsequente vivenciou certa estabilização política e a retomada do desenvolvimento econômico, entre 1924 e 1929, o que acabou se esvaindo entre 1930 e 1933 com a falibilidade parlamentar.

A Constituição de Weimar teve mais êxito que a Mexicana e a soviética, já que, mesmo não sendo a primeira, foi a que se tornou mais conhecida. Marco Aurélio Peri Guedes destaca que, em sua segunda parte:

“Dentre as medidas que pretendiam renovar a Ordem Social alemã constam: supressão de diferenças em virtude de condição social ou de nascimento (artigo 109) e liberdade de locomoção (artigo 111). (...) Em seguida a estes Direitos de Liberdade são enunciados os Direitos Sociais, que notabilizariam a República e a sua

existência. Os Direitos Sociais mais importantes protegidos pela Constituição são: proteção da família e da maternidade (artigo 119), igualdade jurídica entre filhos legítimos e ilegítimos (artigo 121), proteção da juventude (artigo 122), prestação de serviços à comunidade (artigos 132 e 133), estímulo às Ciências e Artes pelo Estado (artigo 142), gratuidade de ensino e escolas populares (artigo 143 e 144), desenvolvimento econômico baseado na justiça social (artigo 151), reforma agrária (artigo 155), socialização de propriedade privada (artigo 156), proteção ao trabalho (artigo 157), liberdade sindical (artigo 159), sistema de segurança social (artigo 161) e socialização das riquezas naturais e meios de produção em nome da coletividade (artigo 7, inciso 13).³⁵

A quebra da bolsa de Nova York em 1929 e a crise da década de 30 levou o Presidente norte-americano, Franklin Roosevelt a adotar políticas públicas intervencionistas, que se tornaram conhecidas como *New Deal*. Os objetivos eram pôr fim ao colapso econômico e resgatar a sociedade do desemprego. De fato, após a Segunda Grande Guerra Mundial, o Estado ampliou sua atuação, especialmente nos projetos de reconstrução das cidades, readaptação das pessoas a vida social e financiamentos a projetos relacionados ao desenvolvimento técnico-científico³⁶.

O Estado deixou de ser o inimigo, passou a ser o parceiro, incentivador ou mesmo concorrente. A Administração Pública teria compromisso de concretizar o conteúdo das constituições sociais, como a de Weimar e a Mexicana, ou mesmo as políticas públicas do *New Deal*. As políticas de redistribuição de bens, bem como as políticas de reconhecimento dos direitos das minorias passaram a entrar na pauta dos debates dos Estados democrático.

Nessa nova linha, o Estado social combina direitos sociais e democracia, conciliando direitos e liberdades, individuais e políticas, com os direitos sociais, econômicos e culturais que antes eram descartados pelos liberais ortodoxos e até mesmo pelos marxistas. É importante ressaltar, contudo, que o *Welfare State* não

pode ser compreendido pura e simplesmente em termos de direitos e garantias sociais. Afinal, como bem explica T.H. Marshall, as atividades do Estado social se entrelaçam de formas muito diversas com o papel da família e do mercado em termos de provisões sociais³⁷, bem como – poderíamos acrescentar – com as instituições democráticas.

III. Breve histórico no Brasil

A “Revolução” de 1930 encerra o período de vigência da Constituição de 1891, consagradora dos mais básicos princípios liberais: separação de poderes, sistema federativo e liberdades individuais. Apesar da tentativa de salvá-la com a reforma constitucional de 1926, não se obteve sucesso. A crise econômica norte-americana, especialmente após a quebra da Bolsa de Nova York em 1929, afetou a economia cafeeira. Ao mesmo tempo, o mundo assistia a ascensão do socialismo na Rússia, o *welfare state* nos EUA e a social-democracia na Alemanha.

Imperava a “política dos governadores”, uma espécie de acordo de cavalheiros, segundo o qual a Presidência do Brasil era alternada entre São Paulo e Minas Gerais. Derrotados por São Paulo na sucessão de Washington Luis à Presidência da República, o Rio Grande do Sul e Minas Gerais tramaram um golpe para instalação de um governo provisório tendo Getúlio Vargas à frente³⁸. Com a promessa de editar uma nova constituição e convocar eleições, o país viveu na incerteza durante 4 anos. Interventores foram nomeados governadores em todos os Estados da federação e estes nomeariam os prefeitos. Somente após uma forte pressão popular, notadamente do Estado de São Paulo em 1932³⁹, o movimento constitucionalista conseguiu projetar a necessidade de resgatar as instituições democráticas.

Promulgada a Constituição de 1934 após um ano de Assembléia Constituinte, observou-se a virada do Estado que reconhecia constitucionalmente direitos individuais para um Estado que, como destacou Paulo Bonavides e Paes de Andrade, “Pela primeira vez na história constitucional brasileira, considerações sobre a ordem econômica e social estiveram presentes. Uma legislação trabalhista garantia a autonomia sindical, a jornada de oito horas, a previdência social e os dissídios coletivos”⁴⁰. Trata-se da primeira Constituição programática do país.

A despeito de a Constituição declarar direitos sociais e manter as liberdades básicas, o governo de Getúlio Vargas chegou ao Poder por uma eleição indireta à Presidência da República. Desde seu início, houve um fortalecimento do Poder Executivo, ao ponto de Vargas chegar a afirmar que seria o primeiro reformador da Constituição. De fato, em seu governo, deu-se o crescimento da influência do Estado em relação à sociedade⁴¹.

Sabe-se que o Estado brasileiro herdou o patrimonialismo lusitano e, de alguma forma, sempre interveio na sociedade em prol dos interesses das oligarquias agrícolas e de outros grupos influentes⁴². Nas palavras de José Murilo de Carvalho, havia uma “estadania” e não uma cidadania. O indivíduo tentava ingressar na máquina estatal para obter direitos e privilégios⁴³. Com a Era Vargas, o Estado brasileiro passa a atender também e principalmente a outra classe: a trabalhista. Recheado com certa dose de populismo, promulgou-se um conjunto efetivo de normas sobre direitos sociais, proteção do trabalhador urbano, de regulamentação da jornada de trabalho, das condições do trabalho feminino e do menor.

As profissões e os sindicatos foram objeto de atenção estatal. Sindicalismo e corporativismo passaram a integrar o vocabulário político. O Estado passou a interferir nos sindicatos com o pretexto de “harmonizar” os interesses patronais com o dos

trabalhadores. Enquanto os sindicatos europeus constituíram importantes grupos de pressão, aqui, o Estado usurpou parte de seu papel: “A concepção que passaria a ser dominante seria a de que os poderes públicos não deveriam a margem dos conflitos industriais e dos conflitos industriais (...), deveriam regulamentar as relações entre os trabalhadores e os empresários, estabelecer as modalidades associativas profissionais, solucionar os conflitos entre as partes, além de criar uma legislação de proteção ao trabalhador”⁴⁴.

Em 1937, Vargas outorga nova Constituição e, junto com ela, emerge o Estado Novo, fomentador da industrialização e do nacionalismo econômico. Mais uma vez o estado constitucional foi violado com o fim da pluralidade partidária, do federalismo, da independência dos poderes e com a restrição a algumas liberdades individuais. Embora o Estado Social tenha se mantido em alguma medida, houve atropelo a diversos valores do Estado democrático de direito.⁴⁵

A ditadura getulista entra em crise com o fim da II Guerra mundial, devido, principalmente, ao seguinte paradoxo: o Brasil, no plano internacional, enviava suas tropas para lutar contra o fascismo italiano em apoio aos EUA, enquanto mantinha uma ditadura interna em seu próprio território. Uma contradição que não se sustentaria por muito tempo. O Governo teve que ceder aos poucos: movimentos estudantis tolerados, fim da censura⁴⁶ e a lei constitucional nº9/1945 que convocaria eleições. A oposição recebeu confusa essa lei, pois ela alterava a Constituição para convocar eleições “para o segundo período presidencial e Governadores dos Estados, assim como das primeiras eleições para o Parlamento e as Assembléias Legislativas”⁴⁷. Apesar da aparente reconciliação do governo com a democracia, não havia mais tempo. O Presidente foi destituído com o apoio militar em outubro de

1945. Os militares entregaram o poder ao então Presidente do Supremo que, posteriormente, foi substituído pelo Presidente eleito, Eurico Dutra.

A Constituição de 1946 simbolizava a redemocratização. Voltou-se aos princípios liberais e democráticos, sem esquecer algumas conquistas do Estado social iniciadas na Era Vargas. Devolvia-se ao Judiciário e ao Legislativo suas funções. O ideário social permeou o texto em equilíbrio as liberdades básicas. Reservou-se um título próprio para a “Ordem Econômica e Social” no qual eram disciplinados os direitos trabalhistas, a nacionalização das empresas de seguro e dos bancos de depósito, entre outras medidas. Em outro título, ficou reconhecida a proteção estatal à família, à educação e à cultura.

Acostumada ao paternalismo e ao populismo, a sociedade brasileira teve dificuldades em se familiarizar à democracia. Paulo Bonavides e Paes de Andrade explicam que “o fato é que a consciência autoritária não se viu atacada em sua raiz, e o populismo se fez uma alternativa trilhada de maneira irresponsável. Ninguém percebeu que a Constituição por si só não poderia garantir os princípios expressos em seu texto. Não se percebeu, sobretudo, que essa ambigüidade se tornaria insustentável por muito tempo”⁴⁸.

Todo esse complexo cenário faz com que Gilberto Bercovici afirme que:

*“O Estado brasileiro constituído após a Revolução de 1930, é, portanto, um Estado estruturalmente heterogêneo e contraditório. É um Estado Social sem nunca ter conseguido instaurar uma sociedade de bem-estar: moderno e avançado em determinados setores da economia, mas tradicional e repressor em boa parte das questões sociais. Apesar de ser considerado um Estado forte e intervencionista é, paradoxalmente, impotente perante fortes interesses privados e corporativos dos setores mais privilegiados. Entretanto, apesar das contradições e limitações estruturais, é um Estado que pode terminar o projeto de formação nacional, ultrapassando a barreira do subdesenvolvimento.”*⁴⁹

Deflagrado o Golpe de 1964, os militares assumem o poder com a promessa de preparar a sociedade para a “democracia”⁵⁰. A ditadura militar edita os seus atos institucionais nos moldes das ditaduras militares latino-americanas e, por fim, outorga a Constituição de 1967. O papel da Constituição foi justamente o de maquiar as instituições ditatoriais que se formavam, conferindo “uma atmosfera favorável ao sistema”⁵¹. Para usar a expressão de Luís Roberto Barroso, o texto constitucional não passava de um claro fenômeno de “insinceridade normativa”⁵².

Sem suprimir formalmente os direitos individuais, o texto de 1967 manteve, com certa dose de cinismo, o programa de intervenção do Estado na ordem econômica, a proteção dos direitos trabalhistas, previsão de reforma agrária, entre outras diretrizes. O Estado social seria descumprido. A democracia, violada. O Estado democrático e social de direito, convertido numa mentira.

A Constituição de 1988 inaugura uma nova fase no constitucionalismo brasileiro. Houve a inclusão de um extenso catálogo de direitos sociais e da proteção da ordem social. Os três poderes também foram reorganizados. O Executivo, apesar do abuso no uso de medidas provisórias e de certas omissões, tem atuado na promoção de políticas públicas. O Legislativo, a despeito das omissões, tem aprovado Emendas à Constituição, como a que inclui o direito à moradia no art. 6º, e leis para efetivar direitos sociais, bem como tem procurado fiscalizar os demais poderes, ainda que com certo estardalhaço pelas CPIs. Deixada a morosidade de lado, o Judiciário também cumprido o importante papel que guardião da Constituição e de proteger os direitos sociais e fiscalizar os demais poderes. Se as promessas da Constituição de 1988 estão longe de terem sido todas concretizadas, é certo que se trata da Constituição mais efetiva da nossa história.

IV. Os direitos fundamentais do Estado social e democrático de direito

O Estado social, não obstante reconhecer uma série de direitos e implementar políticas públicas variadas, possui como traço distintivo das formas de Estado que o antecederam a preocupação com os direitos sociais, econômicos e culturais relacionados à igualdade, à dignidade da pessoa humana⁵³ e à cidadania⁵⁴. Direitos antes ignorados passaram por diferentes caminhos a serem objeto de proteção. Além dos direitos individuais já consagrados, converteram-se, em tarefas do Estado também a educação, saúde, assistência social, previdência e acesso à justiça, bem como trabalho, lazer, segurança e moradia. Tais direitos, chamados de segunda “geração” ou “dimensão”, resultaram da reflexão antiliberal e inspirada na defesa da igualdade, típica do século XX⁵⁵. Além de abranger as necessidades humanas básicas⁵⁶, constituem condições para cooperação democrática⁵⁷. Sem direitos como educação e saúde, mesmo diante da ausência de constrangimentos, os indivíduos não conseguiram desempenhar plenamente o papel de cidadãos seja na construção de sua autonomia privada, seja na atuação no espaço público. Não seriam cidadãos livres e iguais na deliberação democrática, uma vez que o prejuízo aos direitos sociais acarreta também prejuízos à construção dos próprios projetos de vida e à participação na deliberação pública.

É imprescindível, por isso, que o direito a educação seja efetivado por meio de instituições privadas e públicas de ensino, respeitando a escolha dos mesmos pelos indivíduos e o espaço de liberdade acadêmica entre professores e alunos⁵⁸. Trata-se de um autêntico direito social que objetiva o pleno desenvolvimento da pessoa, o preparo para a cidadania e para o trabalho.

A saúde básica integra o núcleo da dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial. A Administração Pública de um Estado Social não pode se furtar a realizar um mínimo de saneamento básico para evitar doenças, construir e manter hospitais funcionando, realizar tratamentos e distribuir medicamentos. A área da saúde abrangendo, por isso, a prestação do serviço de saneamento cuja correta captação de água e o devido esgotamento sanitário previnem doenças, atendimento materno-infantil que se refere ao atendimento da gestante e da criança, ações de medicina preventiva em geral e ações de prevenção epidemiológica, como a dengue e, ainda, ações de medicina terapêutica, relacionadas ao atendimento ambulatorial, a internação hospitalar e outras providências⁵⁹.

Saúde e educação não bastam para os cidadãos serem livres e iguais no processo de deliberação pública. A seguridade social desdobra-se em de saúde, previdência e assistência social. Seu conteúdo visa tutelar condições elementares, que se exigem para subsistência da pessoa e de sua família, como alimentação, vestuário e abrigo, sem os quais o núcleo elementar da dignidade humana restaria prejudicado⁶⁰.

Segurança, moradia, o trabalho e o lazer são outros direitos sociais que formam pressupostos das relações sociais. A segurança relaciona-se tanto a segurança pública, quanto ao sistema de seguridade social. A proteção do direito a moradia deve ser efetivada por meio de instrumentos normativos para políticas urbanas, bem como por meio de dispositivos referidos às políticas agrícola, fundiária e da reforma agrária.

Já o direito ao trabalho possui uma sistemática complexa⁶¹. Inicialmente, o valor social do trabalho é erigido constitucionalmente à condição de fundamento do Estado social e democrático de direito brasileiro, ao lado da livre

iniciativa. Em termos econômicos, a valorização do trabalho também funda a ordem econômica e financeira, ao lado da livre iniciativa. Pode também ser visto como direito fundamental, seja a partir da noção de liberdade de trabalho, ofício ou profissão, seja quando prefacia os direitos sociais relacionados ao trabalho, pormenorizados ao longo da Constituição.

Por fim, o lazer pode ser incluído na esfera dos direitos sociais, devido a sua importância para a vida social.

V. Separação dos poderes no Estado social e democrático de direito

A importância de controlar o poder se tornou um axioma da ciência política. O poder concentrado nas mãos de uma única instituição ou pessoa cria injustiças que muitas vezes são legitimadas pela força decorrente deste poder. Depois das obras de John Locke e Montesquieu, passou a ser comum dividir o poder político em três: o feitor das leis, seu executor e o zelador de sua justa aplicação. Qualquer país democrático de direito prevê, no mínimo, e ainda que com matizes diferentes, essa tríade de poderes independentes e harmônicos entre si.

A separação de poderes no contexto do Estado social tem total pertinência. Os três poderes voltam-se juntos para a concretização do projeto social da Constituição. Agora, a omissão de um Poder também será controlada pelos demais. Se o legislador não elabora a norma exigida pelo constituinte, no Brasil, presentes certas condições, é possível ajuizar uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou um mandado de injunção perante Poder Judiciário. Não apenas o abuso do poder é repudiado, mas também a sua inércia.

V.1. Poder Executivo: O epicentro da (des)harmonia entre os poderes no Estado social e democrático de direito.

O Poder Executivo, para fins didáticos, pode ser dividido em Administração Pública e Governo. A Administração Pública pode ser conceituada sob diferentes prismas, segundo o autor português Diogo Freitas do Amaral. Fixado como ponto de partida o sentido orgânico, toma-se a expressão como o “sistema de órgãos, serviços, bem como das demais pessoas colectivas públicas, que asseguram em nome da colectividade a satisfação regular e contínua das necessidades colectivas de segurança e bem-estar”⁶².

Caso o referencial seja o sentido material, a Administração Pública é, como próprio nome sugere, a atividade de administrar. Administrar, nesse sentido, implica realizar “a actividade típica dos organismos e indivíduos que, sob a direcção ou fiscalização do poder público, desempenham em nome da colectividade a tarefa de prover à satisfação regular e contínua das necessidades colectivas de segurança, cultura, e bem-estar econômico e social, nos termos estabelecidos pela legislação aplicável e sob o controle dos tribunais competentes”⁶³.

No Estado democrático e social de direito, o governo passa a conduzir a Administração Pública de modo que ela tente satisfazer as necessidades da sociedade, especialmente através da concretização de direitos sociais.

Do ponto de vista histórico, diferentes órgãos e atividades compõem à Administração Pública. Durante a Idade Média, encontravam-se de forma descentralizada, posteriormente, a ascensão das Monarquias concentrou todos os poderes na figura do rei que não podia ser responsabilizado pelos atos que praticasse que são, comumente, expressos na máxima *The king can do no wrong*. O

Estado possuía características corporativas e era dividido em estamentos – clero, nobreza e povo. A cada um, correspondiam direitos e privilégios próprios.

Com o advento da Revolução francesa, começa a saga pela descentralização do poder e pela garantia dos direitos⁶⁴. Inicialmente, a coroa perde o Poder Legislativo que passa a ser atribuído ao Parlamento, bem como o poder judicial que passa a ser confiado aos juízes e tribunais. Ao Poder Executivo, resta à Administração. Em suma, afirma-se que ou havia tal descentralização do poder, primeiramente, por meio da separação dos poderes, ou o Estado não possuía Constituição. Em relação à garantia dos direitos, a principal conquista remete ao princípio da legalidade que impede a Administração de invadir a esfera dos particulares, sem uma lei emanada do Poder Legislativo que representava a vontade geral. Separação de poderes e os direitos civis e políticos formam as bases do Estado Liberal.

Com o advento Estado social, inverte-se a lógica da separação de poderes do Estado Liberal. Em meados do século XXI, a submissão da Administração deixa de ser pura e simplesmente à Lei e passa a ser ao Governo e a Constituição. O epicentro da (des)harmonia e (des)equilíbrio entre os Poderes sai do Legislativo e passa para Executivo. O Poder Executivo começa a “legislar”, por exemplo, através de decretos-leis e medidas provisórias⁶⁵. Esse intervencionismo pode gerar tanto harmonia, quanto desarmonia. Pode se revelar por uma dupla feição, de um lado, autoritária, tal como no nazismo, fascismo e socialismo, e, de outro, a realizadora legítima e democrática dos direitos em especial os econômicos, sociais e culturais. No último caso, trata-se o Estado Social e democrático de direito.

De todo modo, existe certo grau de subordinação do Executivo que não é apenas à lei, mas sim ao direito. Significa que, além da lei, é necessário

respeitar a Constituição, o direito internacional e os princípios gerais de direito. Fala-se, ainda, em subordinação à juridicidade. Resultado: o Poder Executivo deixa de ter legitimidade própria, passando a ser concebido como poder constituído pela Constituição e, em razão disso, submetido as suas regras e princípios entre os quais, o do primado da lei⁶⁶. Um Executivo atuante não implica necessariamente autoritarismo, embora seja sempre preciso cautela. É possível que o Executivo intervenha na economia de formas diferentes e legítimas do ponto de vista democrático.

A intervenção do Estado na ordem econômica e social pode ser direta ou indireta. Na intervenção direta o Estado atua como agente econômico e pode ocorrer, de forma geral, de maneira concorrencial ou monopolística. Na modalidade concorrencial, o Estado ingressa na economia equiparado ao particular, como nos casos em que criar empresas públicas ou sociedade de economia mista. Já a instituição de monopólios estatais é uma modalidade de intervenção auto-explicativa. A intervenção indireta, por sua vez, dá-se por meio da regulação da economia, por exemplo, através da produção de normas, fomento, influência do poder de político. Outra questão delicada é a prestação de serviços públicos. Serviço público consiste no desenvolvimento de atividades com a finalidade de efetivar direitos fundamentais. Ponto esse em que difere de atividade econômica simples.

De todo modo, reconhece-se a importância dos limites para atingir o fim da forma mais adequada possível. Daí necessidade de um Estado desconcentrado na cúpula e de uma Administração descentralizada para evitar a concentração de poderes e, conseqüentemente, os abusos que podem advir disso. Pela mesma razão, recomenda-se a especialização funcional e a criação de outros

centros de decisão em questões específicas no interior do Executivo, ou seja, usando a expressão de Gustavo Binenbojm, de um Executivo que não seja unitário, mas policêntrico.

No Brasil, especialmente após a Revolução de 1930, o Executivo se mostrou, por razões diversas, forte e interventor. Nos longos períodos ditatoriais, e mesmo durante momentos democráticos, ainda que em menor intensidade, o Executivo nunca foi um mero executor da lei.⁶⁷ Com a passagem para o Estado Social e o reconhecimento da normatividade da Constituição, os rumos se modificam. O Executivo, assim como os demais poderes, está vinculado ao programa social inscrito na Constituição brasileira⁶⁸. O Estado tem o poder-dever de implementar, dentro de certos parâmetros, tanto políticas de redistribuição, quanto políticas de reconhecimento para combater as desigualdades e injustiças sociais⁶⁹.

As políticas de redistribuição envolvem especialmente os direitos prestacionais, que para serem promovidos, envolvem gastos, muitas vezes altos. Procuram concretizar os direitos sociais para alcançar os objetivos fundamentais da República, expostos art. 3º do texto que esperam uma atuação para erradicar a pobreza e diminuir as desigualdades sociais.⁷⁰ O objetivo é atingir a justiça distributiva, velha conhecida nos termos aristotélicos que manda tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente.

As políticas de reconhecimento, por sua vez, acabaram sendo popularizadas pelas ações afirmativas⁷¹, dentre as quais se destaca a política de cotas ou, em termos mais precisos, a reserva de vagas em Universidades para grupos sociais que foram desprestigiados histórica e socialmente. O objetivo aqui ultrapassa a mera redistribuição da riqueza e de bens. É, também, elevar a auto-estima e a imagem social dessas minorias.

Ambas as políticas não se encontram dissociadas. Pelo contrário, complementam-se e reforçam-se. Para poder realizar esses objetivos, o Estado arrecada de quem tem capacidade contributiva⁷², em forma de receita, e redistribui em forma de despesa, por exemplo, através da prestação de serviços públicos.

Como os recursos públicos são escassos, é necessário priorizar o que é mais imediato na sociedade. Essas políticas são necessárias para reduzir a pobreza e compor um mínimo de cidadania para aqueles que são destituídos do essencial para a sobrevivência. É claro que essas políticas são rasas. Reformas mais profundas devem ocorrer concomitantemente, na direção do desenvolvimento nacional, do aumento dos empregos, da educação, entre outros.

As políticas de redistribuição, voltam-se à assistência da camada mais pobre da população. Na história nacional, com início em Vargas, as políticas sociais eram basicamente de redistribuição com foco na classe dos trabalhadores. No Brasil, as principais políticas desse tipo são mais recentes, como o programa bolsa-família, bolsa-escola, a lei de organização e assistência social, entre outras.

O Poder Executivo deixa de ser unitário e exclusivo para dar espaço a outros centros de decisão, como as agências reguladoras. As agências reguladoras possuem um papel importante neste novo Executivo. Essas instituições são órgãos técnicos voltados para um determinado setor que atua junto ao governo, regulando a economia. Diferente do que se poderia pensar, as agências não estão necessariamente relacionadas ao neoliberalismo. No caso dos EUA, surgiram no *New Deal*, a política norte-americana de intervenção estatal para salvar aquele país da crise que se alastrou com a quebra da Bolsa de Nova York. Recebidas com animosidade por grupos contrários ao Estado social, as agências reguladoras nos EUA eram vistas como uma forma do Estado intervir na Economia. No Brasil, deu-se

o inverso: sua implementação foi associada às flexibilizações e privatizações, decorrente da onda neoliberal da década de 1990.⁷³

A história estudada, ainda que de forma breve, revela que não se pode considerar um Estado democrático pura e simplesmente pelo rótulo, assim como não se pode considerar um Estado social pelas aparências. É preciso que os procedimentos sejam tomados de forma plural, bem como políticas submetidas ao crivo do controle político e social e, dentro de certos parâmetros, também ao controle jurisdicional.

V.2. O Poder Legislativo e Estado social e democrático de direito

O princípio da separação de poderes remete aos ideais da Revolução francesa de efetiva representação da vontade geral, bem como aos ideais ingleses de moderação no exercício do poder político. A lei representava a proteção do cidadão contra o arbítrio do poder: “O princípio da legalidade, que vincula inclusive o governo, implica que o cidadão não pode ser prejudicado por aquilo que não decidiu. Assim, a vontade coletiva do povo direciona o Poder Legislativo”⁷⁴. Esses dois princípios protegem a liberdade e a igualdade.

A lei era quase sagrada, absoluta. Estava submetida apenas às constituições que àquela época eram desprovidas de conteúdo material e ainda não havia qualquer mecanismo de controle. O Legislativo era o órgão da democracia e da segurança jurídica.

Pouco a pouco, a doutrina do *checks and balances*, desenvolvida originalmente nos EUA, disseminou-se. As razões históricas apontam que havia grande desconfiança do Legislativo que simbolizava, de certa forma, a metrópole

inglesa contra 13 colônias. Mesmo com o advento da Constituição norte-americana, a lógica é a de que cada poder freie os excessos dos demais. Todos os poderes se subordinam às decisões fundamentais da Constituição que era suprema e, por isso, protegida através do controle de constitucionalidade das leis a ela contrárias. A lei que viola a constituição deve ser expurgada do ordenamento jurídico, uma vez que as normas constitucionais são decisões superiores do povo soberano.

Na segunda metade do século XX, após a Segunda Guerra Mundial, especialmente devido ao advento das constituições sociais, o avanço da doutrina do *checks and balances* e do controle de constitucionalidade faz com que diminua a crença na idoneidade legislativa para preservar os direitos individuais e sociais diminui. A preponderância da lei cede à supremacia da Constituição. A releitura dessa supremacia pelo Estado social representou a vinculação do Legislador às normas programáticas e aos direitos sociais.

No caso das Constituições sociais, como bem defendeu J.J. Gomes Canotilho, o Legislador passou a estar vinculado às normas programáticas – normas que traçam fins para o Estado – e à Constituição dirigente como um todo, sem que isso significasse que ele se converteria em um mero executor da Constituição. Pelo contrário, o Legislativo possui certa margem de discricionariedade para aplicar conformar a Constituição.⁷⁵ Pode especificar quais os fins para atuação do Estado, como concretização da justiça social, serão efetivados.

No caso brasileiro, a tendência de Executivo hipertrofiado se mantém até hoje o que deixa o Legislativo um pouco apagado. Embora a Constituição brasileira consagre tripartição harmônica dos poderes em seu artigo 2º, essa harmonia é difícil com o Executivo hipertrofiado⁷⁶, como é fácil de constatar pelos abusos na utilização das medidas provisórias⁷⁷. Devido às circunstâncias históricas,

políticas e sociais, na realidade, o Executivo acabou assumindo um papel de destaque no cenário político. Ao legislativo, restou preponderantemente a função fiscalizatória das decisões executivas (art. 49), “que vai desde a possibilidade de sustar atos que exorbitem do poder regulamentar ou da delegação legislativa conferida ao executivo (art. 49, V), até a sustação de atos (art. 71, X) e contratos (art. 71, §1º) firmados pela Administração que sejam considerados ilegais”⁷⁸.

A crise da lei, enunciada por alguns estudiosos, caracteriza-se pela fuga na Constituição, causado por alguns fatores: “pela politização crescente ao sabor dos sucessivos governos, pela crise da representação, pelo incremento progressivo da atividade normativa do Poder Executivo e pela proliferação das agências reguladoras independentes”⁷⁹.

Apesar disso, o Poder Legislativo continua sendo o órgão da vontade geral. As Constituições exigem isso, quando entregam muitos de seus programas sociais à concretização legislativa. Resultado: o Legislativo continua representando, a despeito das dificuldades, o espaço democrático através do qual se protege os cidadãos contra os arbítrios da Administração Pública, bem como o espaço no qual se tenta direcionar e controlar a Administração Pública para que ela não se desvie das finalidades que a Constituição incumbiu a ela⁸⁰.

V.3. O Poder Judiciário e o Estado social e democrático de direito

No Estado social e democrático de direito existe um profundo desacordo político e econômico sobre o modo de efetivar os direitos sociais e quem tem competência para fazê-lo. O desacordo aumenta quando se está em contextos nos quais existe uma vasta demanda por efetivação de direitos sociais e uma escassez

de recursos para fazê-lo. Acaba surgindo, por isso, uma tensão entre a jurisdição constitucional – o controle da constitucionalidade das leis e atos administrativos do poder público – e a democracia.

Além disso, nesses vinte anos da constituição de 1988, ocorreu a judicialização da política. Muitas questões que até então escapavam do Poder Judiciário passaram adentrar suas portas⁸¹. Existem pontos positivos e negativos do fenômeno, além das muitas dificuldades em determinar em que caminho exatamente ela deve ser dirigida. Diante dessa tensão entre jurisdição constitucional e democracia, surge a necessidade de formular parâmetros para que a judicialização da luta por direitos sociais não se torne irracional. Os parâmetros podem ser agrupados em processuais e materiais.

Em relação aos parâmetros processuais, recomenda-se ampliar o uso da tutela coletiva para direitos. Privilegiar ações coletivas, ao invés das ações individuais, restringindo-se as últimas às hipóteses de danos irreversíveis e a inobservância dos direitos conferidos pelo legislador e administrador com base em lei, poderia tornar o deferimento de prestações sociais pelo Judiciário mais equânimes.⁸²

Ainda do ponto de vista processual, a Administração costuma alegar a “reserva do possível”⁸³, ou seja, da ausência de recursos ou a ausência de dotação do orçamento para suprir a demanda. Não raro as afirmações são retóricas, razão pela qual sugere-se uma inversão do ônus da prova: é a Administração que deve provar efetivamente sua ausência de recursos.

Outro aspecto processual relevante refere-se à ampliação do diálogo institucional, tal como está sendo produzido pelo Ministério Público, de forma reativa,

por meio dos Termos de Ajustamento de Conduta. Dessa forma, os três poderes poderiam cooperar para a ampliação da proteção dos direitos fundamentais.

O segundo eixo do debate refere-se aos parâmetros materiais. O primeiro desses parâmetros pretende circunscrever atuação judicial a esfera da fundamentalidade material, quer dizer, que esta deve priorizar à proteção das “condições para liberdade”, do “mínimo existencial”, da “reserva de dignidade da pessoa”⁸⁴ e das “condições necessárias para cooperação democrática”⁸⁵. Nessa linha, o deferimento judicial de direitos sociais deve priorizar aqueles que não têm condições de arcar com os custos a prestação com recursos próprios, os denominados hipossuficientes.

O próximo parâmetro estabelece uma preferência da opção técnica previamente implementada pela Administração em relação a apresentada pelo demandante, não devendo o Judiciário, em regra, compelir a Administração a prestar tratamento diverso para a mesma patologia.

Recomenda-se, ainda, a escolha da solução mais econômica, por exemplo, se existe um medicamento genérico deve se optar por ele, ao invés do fabricado pelos laboratórios tradicionais, já que o genérico é mais barato.

O último parâmetro material leva em consideração o contexto, afirmando que, quanto maior a política de concretização de direitos sociais, menos o Judiciário deve atuar⁸⁶. Ao contrário, diante da carência em efetivar os direitos sociais, um maior ativismo judicial se justifica. Suplanta-se, então, a idéia de que as “questões políticas” afastam o controle jurisdicional pela idéia de modular tal controle⁸⁷.

É claro que, nesse juízo, entra na balança também se o ambiente revela de condições econômicas favoráveis ou se vive uma situação de recessão. No primeiro caso, a interpretação deve extrair o máximo de conteúdo para satisfação dos

interesses sociais. Em contrapartida, em situações de crises econômicas é de se esperar uma redução nas prestações sociais. De forma precisa, Jorge Miranda explica que a efetivação dos direitos sociais deve ser compatível com o “nível de sustentabilidade existente”⁸⁸.

VI. Apontamentos finais

O Estado democrático e social de direito passou por uma série de transformações ao longo da sua história. Dos direitos fundamentais, enxergados sob o prisma das liberdades; passou-se ao foco nos direitos econômicos, sociais e culturais, cujas políticas de redistribuição e reconhecimento procuram efetivar a igualdade. A conformação entre os poderes acabou também se modificando: Executivo forte, Legislativo que fiscaliza mais do que promulga leis e concretiza o conteúdo social das Constituições e um Judiciário ativo.

As experiências mais significativas para a construção dos elementos centrais do Estado social são a Constituição de Weimar de 1919, a Constituição do México de 1917 e a Declaração dos Direitos do Povo e do Trabalhador, na Revolução Russa de 1917, e o New Deal nos EUA. O Estado social nasce como contraponto ao liberalismo burguês. Influenciado pelo socialismo de um lado e pelo New Deal de outro, não rompe com a ordem capitalista, mas confere rumos mais igualitários a sociedade.

No Brasil, o Estado Social tem sua origem na Era Vargas. Já o Estado Social e democrático demorou mais. Marcado por ditaduras, o Estado brasileiro teve dois momentos democráticos mais longos entre 1945 e 1964 e o atual, consagrado a partir da Constituição de 1988. A constituição brasileira possui um amplo e denso

programa social que visa em ultima instância a concretização da igualdade e da justiça social. Isso é confirmado pelo extenso rol de direitos sociais previstos na carta.

Os direitos fundamentais devem ser efetivamente garantidos para que os cidadãos apresentem-se como livres e iguais para influir no cenário político democrático. No Estado social, destaca-se particularmente a importância dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Como esses direitos não raro demandam posturas positivas, acaba sendo o Estado o principal concretizador desses direitos. O Executivo torna-se o centro da (des)harmonia entre os poderes, porque, além de executar a lei, passa a concretizar a Constituição. Resultado: Legislador e o Judiciário acabam desempenhando mais o papel de controle. Embora não seja fácil a concretização legislativa dos direitos sociais, talvez seja a proteção judicial de tais direitos a mais complexa.

Se o Estado social e democrático de direito não é a melhor maneira de estruturar o Estado, talvez seja no mínimo uma tentativa comprometida seriamente em preservar direitos importantes e em manter canais nas instituições oficiais para permitir que os cidadãos transformem o mundo em um lugar mais justo.

VIII. Notas e referências bibliográficas

¹¹ Sobre o histórico do Estado de direito, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **As origens do Estado de direito**. *Revista de Direito Administrativo*. n° 168, 1997; p. 13 e ss.

² Sobre as idéias centrais do Estado legal, Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e Estado legal**. *Revista de Direito Administrativo*. n° 157, 1984; p. 15 e ss.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de direito**. Lisboa: Fundação Mário Soares Gradiva publicações, 1999, p. 24 e ss.

⁴ O sistema de direitos fundamentais do Estado de direito, por sua vez, recai, para usar a expressão de Benjamin Constant, na liberdade dos modernos em detrimento da dos antigos.V. CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. Trad. Loura Silveira In: *Filosofia Política 2*, Porto Alegre: LPM e Unicamp/UFRGS, 1985, p. 9-25.

⁵ Para uma visão mais detalhada do princípio da separação de poderes, Cf. LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2002 e o Livro XI de MONSTESQUIEU. **Do espírito das leis** vol I. São Paulo: Nova cultural, 1997, p.199-229. Sobre a evolução histórica e a colocação da separação de poderes como princípio constitucional, Cf. PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: Um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989..

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ed. Coimbra, 2003, p.243-54.

⁷ Sobre o Estado de direito e a necessidade de racionalização da vida, Cf. também LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. **El Estado de derecho**. *Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra XXVII*, 1951, p. 66 e ss.

⁸ Diferenciando o Estado social do Estado socialista Cf. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado social ao Estado Liberal**. 7ªed. São Paulo: Malheiros, 2004; p. 183 e segs.

⁹ Sobre o já desmitificado “fim da história” Cf. FUKUYAMA, Francis. **The end of history?** Disponível em: <<http://www.vietstudies.info/EndofHistory.htm>>.

¹⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Constituição brasileira: Modelo de Estado, Estado democrático de direito, objetivos e limites jurídicos**. In: *Parcerias Estratégicas v.1, n°4*, 1997, p. 51: “Esse reconhecimento da necessidade de democratização da própria sociedade, vista como um ente distinto do próprio Estado, mas ao mesmo tempo integrado no Estado, aponta para uma complicada síntese entre o Estado de direito e o Estado Social ou *Welfare State*.”. Cf. também SILVA, José Afonso da. **O Estado democrático de direito**. *Revista dos Tribunais n°635*, 1988, p. 7 e ss.; FRIEDE, Reis. **Democracia e Estado de direito**. *Revista Forense n° 349*, 2000, p.473 e ss. e COELHO, Inocêncio Mártires. **O perfil constitucional do Estado Contemporâneo: O Estado democrático de direito**. *Revista de Informação Legislativa n° 118*, 1993, p. 5 e ss. Considerando a democracia política dimensão essencial do Estado social de direito, Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 207 e ss.

¹¹ O pensamento político mais atual aponta que o que havia em Atenas não passava de uma reunião de proprietários helênicos para discutir a coisa pública. Mulheres, escravos e os estrangeiros instalados – e esses últimos eram a maioria da população – nas cidades não votavam. Na prática, tais democracias eram oligarquias que excluía boa parte dos cidadãos do conceito de “cidadão”. Nesse sentido, v. PAUPÉRIO, A. Machado. **Teoria geral do estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1964. p. 289; Em tom igualmente crítico, V. LOWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Editorial Ariel S/A, 1986. p. 95; SGARBI, Adrian. **O referendo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 92.

¹² A proposta mais difundida na modernidade é a democracia representativa que em linhas gerais é expressa na fórmula de Lincoln, segundo a qual a democracia é o governo do, pelo e para o povo. Cf. LINCOLN, Abraham. **Address at the Dedication of the National Cemetery at Gettysburg**. November 19, 1863. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/files/14721/14721-h/14721-h.htm>>. Para mais detalhes sobre a crítica a democracia direta, bem como sobre a afirmação e reinvenção paulatina da democracia representativa, Cf. LEGALE FERREIRA, Siddharta. **Democracia direta v. representativa: Uma dicotomia inconciliável com algum reinvenções**. *Direito público n° 18*, 2007, p. 111.

¹³ Existem três vertentes de democracia deliberativa. A procedimental enfatiza, como o próprio nome indica, as condições procedimentais para o discurso e a democracia, na linha de Jürgen Habermas e John Hart Ely. A vertente substantancialista, por sua vez, trabalha com princípios de justiça que devem orientar a deliberação pública, tal como propõe John Rawls. Os dois principais princípios de justiça são: (i) o direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais e que seja compatível com a liberdade para todos e (ii) as desigualdades econômicas e sociais devem ser minoradas e a sociedade deve estar aberta em condições de igualdade equitativa de oportunidades. O autor enfatiza que é preciso que um mínimo existencial fosse assegurado a todos para que pudessem exercer não

apenas o direito ao voto, mas seus direitos políticos. Por fim, o modelo cooperativo, opera em linhas gerais uma síntese entre ambos, pautada pela de que o direito tem um papel relevante na garantia das condições de cooperação na deliberação democrática. Condições essas que devem ser tomadas em sentido abrangente, incluindo inclusive os direitos sociais, econômicos e culturais. Para mais detalhes. Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 1997. Cf. SOUZA NETO. Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.97-225.

¹⁴ Atualmente, por exemplo, aborda-se a idéia de um Estado internacional de direito, em razão do processo de internacionalização dos direitos contra o estado e além do Estado. V. FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de Derecho**. In: Miguel Carbonell (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. Em razão da proposta ser a de abordar o Estado social e democrático de direito não discutiremos esse tema.

¹⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, p. 191

¹⁶ Diversas Constituições adotam expressamente tal fórmula. A Constituição Espanhola de 1978 consagra expressamente o “Estado social e democrático de direito” (art. 1, parágrafo 1º). No contexto espanhol, enfatizando que essas três idéias são complementares, Cf. AGESTA, Sanches. **O Estado de direito na Constituição Espanhola de 1978**. *Boletim da Faculdade de direito de Coimbra LVI*, 1980, pp. 27 e 34. Também a Constituição alemã prevê que Estado é “federal democrático e social” (art. 20,I). A respeito, Konrad Hesse destaca que o Estado de direito é condição e limite ao Estado social. Cf. HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 157 e ss. Embora a Constituição brasileira empregue a fórmula “Estado democrático de direito” (art. 1), existem outros dispositivos prevendo o valor social do trabalho como princípio fundamental, reconhecendo uma série de direitos sociais (art. 6º e 7º) e, além do mais, o título VII é inteiro dedicado a ordem social o que permite afirmar que o Estado brasileiro também se enquadra na categoria de Estado democrático e social de direito.

¹⁷ STUART MILL, John. **Sobre a liberdade**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1942.

¹⁸ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2002

¹⁹ MONSTESQUIEU. **Do espírito das leis** vol I. São Paulo: Nova cultural, 1997

²⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Trad. Lourdes Santos Machado. In: Rousseau – Os Pensadores. São Paulo: NovaCultural, 1997.

²¹ A expressão pertence a BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado social**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

²² HUBERMAN, Leo. **A história da riqueza do Homem**. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 1977.

²³ MARX e ENGELS, **Manifesto do Partido Comunista**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

²⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria Geral do Estado**. 24.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.p.285

²⁵ A sociedade igualitária, na qual nenhum homem seria submisso ao outro, só seria possível, com o fim do Estado. O Estado é a uma violência própria organizada e sistemática de uma classe em relação a outra. Ver em: V.I., Lenin. **O Estado e a Revolução. O que ensina o marxismo sobre o Estado e o papel do proletariado na revolução**. Trad. Aristides Lobo. São Paulo: Editora HUCITEC, 1986.

²⁶ Bonavides, Paulo. **Do estado Liberal ao Estado Social**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

²⁷ Segundo Dalmo Dallari: “Quando a União soviética se qualificou como ditadura do proletariado não estava admitindo que era antidemocrática. Ao contrário disso, afirmava que, sendo o proletariado a classe mais numerosa em qualquer estado, só quando ela tivesse o poder político é que o Estado poderia ser considerado democrático”. V. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2003; p.287

²⁸ V.I., Lenin. **O Estado e a Revolução. O que ensina o marxismo sobre o Estado e o papel do proletariado na revolução**. Trad. Aristides Lobo. São Paulo: Editora HUCITEC, 1986; pág. 23.

²⁹ “Os democratas pequeno-burgueses, do gênero dos nossos socialistas-revolucionários e mencheviques, e os seus irmãos, os social-patriotas e oportunistas da Europa ocidental, esperam, precisamente, ‘mais alguma coisa’ do sufrágio universal. Partilham e fazem o povo partilhar da falsa concepção de que o sufrágio universal, ‘no Estado atual’, é capaz de manifestar verdadeiramente e impor a vontade da maioria dos trabalhadores”. V.I., Lenin. **O Estado e a Revolução. O que ensina o marxismo sobre o Estado e o papel do proletariado na revolução**. Trad. Aristides Lobo. São Paulo: Editora HUCITEC, 1986; pág 18.

³⁰ Lênin disserta sobre a revolução em sua obra mais popular: “Assim, na revolução de 1917, quando a questão da significação do papel do Estado foi posta em toda a sua amplitude, posta praticamente, como que reclamando uma ação imediata das massas, todos os socialistas-revolucionários e todos os mencheviques, sem exceção, caíram imediata e completamente, na teoria burguesa da “conciliação” das classes pelo “Estado”. Inúmeras resoluções e artigos desses políticos estão profundamente impregnados dessa teoria burguesa e oportunista na ‘conciliação’. Essa

democracia pequeno-burguesa é incapaz de compreender que o Estado seja o órgão de dominação de uma determinada classe que *não pode* conciliar-se com a sua antípoda (a classe adversa)”. V.I., Lênin. **O Estado e a Revolução. O que ensina o marxismo sobre o Estado e o papel do proletariado na revolução.** Trad. Aristides Lobo. São Paulo: Editora HUCITEC, 1986; pág 10

³¹ Bonavides, Paulo. **Do estado Liberal ao Estado Social.** 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

³² KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da meda.** Trad. Mário R. Cruz. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p.248

³³ HERZOG, Jesus Silva. **Breve historia de la revolución Mexicana.** México: coleccion popular.

³⁴ PINHEIRO, Maria Cláudio Bucchianeri. **As Constituição de Weimar e dos direitos fundamentais - A preponderância da Constituição República Alemã de 1919 na inauguração do social à luz da Constituição Mexicana de 1917.** Revista de Informação Legislativa nº 169, 2006, p. 101 e ss.. Disponível em : www.senado.gov.br/web/cegraf/riil/Pdf/pdf_169/R169-08.

³⁵ GUEDES, Marco Aurelio Peri. **Estado e ordem econômica e social.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 60-62.

³⁶ Dallari, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** 24ªed. São Paulo: Saraiva, 2003; p.280.

³⁷ MARSHAL, T. H. **Cidadania, classe social e status.** Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

³⁸ “ (...) by decree of November 11, 1930, the constitution of 1891 was suspended; the first phase of Varga’s authoritarian rule has began”. LOEWNSTEIN. Karl. **Brazil under Vargas.** New York: The Macmillan Company, 1942.

³⁹ Segundo Luis Roberto Barroso, a necessidade de uma nova constituição fora “dramaticamente acentuada”, por essa revolução. In: BARROO, Luís Roberto. **O direito Constitucional e a efetividade de suas normas.** 8ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil.** 8ªed. Brasília: OAB editora, 2006, p. 325.

⁴¹ Para uma análise mais detida da Constituição de 1934, vale a pena conferir o excelente artigo de POLETTI, Ronaldo. **A Constituição de 1934.** *Revista de Informação Legislativa nº 89,* 1986, p. 63-102

⁴² FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder – formação do patronato político brasileiro.** 3ª ed. São Paulo: Globo Editora, 2001.

⁴³ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho.** Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2001.

⁴⁴ RODRIGUES, Leôncio Martins. **Sindicalismo e classe operário.** In:**O Brasil republicano – sociedade e política.** vol 3, 3ª Ed. São Paulo: Difusão editorial, 1986.

⁴⁵ Nos Governos de Getúlio Vargas foram criados: o Ministério do Trabalho, o Ministério da Aeronáutica, Conselho Nacional do Petróleo, a Companhia Siderúrgica Nacional, a Companhia Vale do Rio Doce, Companhia Hidrelétrica do São Francisco, entre outras. A Petrobras e a Eletrobrás foram criação sua já no governo do pós- 2ª guerra.

⁴⁶ O fim da censura se deu com uma entrevista de Carlos Lacerda e José Américo Almeida opositores de Vargas – uma evidência quanto ao enfraquecimento do estado novo. BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil.** 8ªed. Brasília: OAB editora, 2006.

⁴⁷ Redação do art. 4º da lei 9 de 28 de fevereiro de 1945.

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil.** 8ªed. Brasília: OAB editora, 2006, p. 416.

⁴⁹ BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: Instabilidade constitucional e direitos sociais na Era Vargas (1930-1964). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 25.

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. op. cit., p.433.

⁵¹ Idem, p. 437,

⁵² BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas.** 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 59

⁵³ Para uma análise da dignidade da pessoa humana na teoria e no sistema constitucional, cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio Janeiro: Renovar, 2002, p. 146 e seg.; SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; MORAES, Maria

Celina Bodin de. **O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, p. 107 e seg. Também: SILVA, José Afonso. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. Revista de direito administrativo, v. 212, p. 89-94, 1998. Do ponto de vista histórico-filosófico, cf. COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 01-69.

⁵⁴ LOBO TORRES, Ricardo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: LOBO TORRES, Ricardo. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 243-342.

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003, p.564. Cf. SARLET, Ingo. **Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.56 e ss. Sobre o processo de multiplicação de direitos por três modos: (i) mais bens sendo protegidos. (ii) novos sujeitos; (iii) o homem deixa de ser considerado de forma genérica e passa a ser considerado em sociedade; Cf. BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.83

⁵⁶ Rodolfo Arango explica as diversas fundamentações dos direitos sociais, entre as quais a relativa a necessidade. Nas palavras do autor: “uma persona tiene un derecho fundamental definitivo concreto a un mínimo social para satisfacer sus necesidades básicas si, pese a su situación de urgência, el Estado, pudiendo actuar, omite injustificadamente hacerlo y lesiona com ello a la persona”. Cf. ARANGO, Rodolfo. **El concepto de derechos sociales fundamentales**. Bogotá: Legis, 2005, p. 346. Entre nós, Paulo Leivas explica e critica a concepção do autor, cf. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 123 e seg.

⁵⁷ Souza Neto enfatiza que o conceito de mínimo existencial tal como formulado tradicionalmente restringe-se a propugnar os direitos sociais como condições materiais para autonomia privada. Embora não seja invalida tal opção, seria igualmente possível operar a justiciabilidade de outros direitos sociais para concretizar uma participação igualitária na vida pública. Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução à luz do princípio democrático**. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 323-325.

⁵⁸ MALISKA, Marcos Augusto. **O direito à educação e a constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001; FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. **Democracia e Educação**. In: GARCIA, Emerson (Coord.). **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. GARCIA, Emerson. **O direito à educação e suas perspectivas de efetividade**. In: GARCIA, Emerson (Coord.). **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. Vale ressaltar que Miranda aborda o tema sob o ângulo da liberdade de ensinar e apreender. Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 367-376.

⁵⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 304 e seg.

⁶⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 320-324.

⁶¹ Para uma análise interdisciplinar do direito ao trabalho, considerando as perspectivas histórica, filosófica e jurídico-analítica com foco na Constituição de 1988, cf. GOMES, Fábio Rodrigues. **O direito fundamental ao trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

⁶² AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. Vol. I Coimbra: Almedina, 2006, p.33-4

⁶³ Idem, ibidem, p. 48.

⁶⁴ TOCQUEVILLE, Alexis. **L’Ancien Régime et la Révolution**. Paris: Gallimard, 1987, p.98-109

⁶⁵ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. Vol. II Coimbra: Almedina, 2003, p. 46: “Nos regimes autoritários de direito substitui-se a noção de Estado de direito pela noção de Estado de legalidade, que consiste na idéia de que a Administração pública deve obedecer à lei, mas a lei deixa de ser a expressão da vontade geral votada no Parlamento representativo da Nação, para passar a ser toda e qualquer norma geral e abstrata decretada pelo Poder, inclusive pelo Poder Executivo. Os governos adquirem a possibilidade de fazer leis, a que se chama na terminologia jurídica de decretos-leis. Portanto, aqui, o princípio da legalidade já não é necessariamente a subordinação do Poder Executivo ao Parlamento, mas sobretudo a subordinação da Administração pública ao Governo.”

⁶⁶ AMARAL, Diogo Freitas do. op. cit. ,p . 49

⁶⁷ Gustavo Binenbojm afirma que a idéia básica da separação de poderes, com o Parlamento como o veículo da expressão da vontade geral e da Administração Pública como executora da lei é uma descrição romântica de um fenômeno mais complexo. Segundo o autor, o princípio da legalidade administrativa ao que se vincula o Executivo é praticamente um mito. As origens históricas do direito administrativo, na França pós-revolução, é fruto da atividade jurisprudencial do *Conseil d’Etat*, um órgão de jurisdição administrativa. Assim, a Administração Pública não estava vinculada à vontade geral expressa na lei pelo legislador, mas por sua auto-vinculação as decisões emanadas por esse

órgão. BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁶⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. *Revista de Direito Administrativo*. v. 240, 2005, p. 83-103. BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. *Revista de Direito do Estado* v. 3, 2006, p. 17-54.

⁶⁹ Nancy Frazer explica que a contraposição entre políticas de redistribuição e de reconhecimento, como uma falsa antítese. Entende que uma não exclui a outra, mas os dois conceitos se complementam. Enquanto as políticas de redistribuição pensam a igualdade mais próxima de noções marxistas como a de “classe social”, que criticam as injustiças sócio-econômicas e propõem a resolução dos problemas sociais por meio de mudanças na economia política; as políticas de reconhecimento inspiram-se mais em noções weberianas, criticam as injustiças de gênero, sexuais ou raciais e contestam as identidades depreciadas injustamente, em geral, de feministas, homossexuais e negros e, por fim, propõem uma transformação cultural. V. FRASER, Nancy. **Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça**. In: SARMENTO, DANIEL; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.167-89.

⁷⁰ Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República federativa do Brasil: I. construir uma sociedade livre, justa e solidária; II. garantir o desenvolvimento nacional; III. erradicar a pobreza e a marginalização reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁷¹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro, 2001,

⁷² TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 15ª ed. Rio de Janeiro: renovar; p. 256 e 257.

⁷³ Para uma leitura mais aprofundada: BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: Direitos fundamentais, democracia e Constitucionalização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, capítulo VI. Vide também: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras: algumas perplexidades e desmistificações**. *Interesse Público*. v. 51, 2008, p. 61-73.

⁷⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **O princípio republicano, a Constituição brasileira de 1988 e as formas de governo**. *Revista Forense*. vol 356, 2001, p. 16.

⁷⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. **A Constituição dirigente e a vinculação do legislador: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 209 e ss.

⁷⁶ Não se ignora que, durante o século XX, o mundo vivenciou algum grau transferência da iniciativa da atividade legislativa para o Executivo, enquanto o Legislativo assumiu, cada vez mais, o papel de incrementar dos mecanismos de controle e fiscalização, não raro em parceria com o Judiciário. Houve uma alteração mundial na dinâmica entre poderes. Cf. PESSANHA, Charles. **O Poder executivo e o processo legislativo nas constituições brasileiras: teoria e prática**. In: WERNECK VIANNA, Luiz. **A democracia e os três poderes**. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p.155. O problema é que, especificamente no caso brasileiro, tal crescimento veio acompanhado de fatores patológicos e desacompanhado de mecanismos eficazes de controle.

⁷⁷“(…) conclamada separação de poderes no País seja formal, seja real. A nosso ver, grande parte dos descompassos sociais, políticos e econômicos que vivemos, nos últimos 20 anos, deveu-se a tal hipertrofia do Poder Executivo”. MARTINS, Ives Granda da Silva. **Separação de poderes**. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*. Número especial, 1987, p. 295.

⁷⁸ Marcelo Harger defende que o constituinte de 1988 optou pela preponderância do judiciário em relação aos demais poderes com a intenção de preservar a supremacia da Carta Constitucional, através de mecanismo como o controle de constitucionalidade de leis pelo Supremo Tribunal Federal e a impossibilidade de revisão congressional das decisões desse órgão. HARGER, Marcelo. **O Estado de direito brasileiro e a quebra do princípio da tripartição dos poderes**. *Boletim de Direito Administrativo n°*, 2002.

⁷⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **O princípio republicano, a Constituição brasileira de 1988 e as formas de governo**. *Revista Forense*. vol 356, 2001, p. 17.

⁸⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2006, p.203.

⁸¹ Sobre o tema, cf. CITTADINO, Gisele. **Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes**. In: WERNECK VIANNA, Luiz. **A democracia e os três poderes**. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 17 e ss. EISENBERG, José. **Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política**. In: WERNECK VIANNA, Luiz. **A democracia e os três poderes**. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 17 e ss.; WERNECK VIANNA, Luiz. **Revolução processual do direito e democracia progressiva**. In: WERNECK VIANNA, Luiz. **A democracia e os três poderes**. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

⁸² Embora não tenha feito essa proposta, Andreas Krell observa a crescente importância da tutela coletiva, destacando a ascensão da ação civil pública. Cf. KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 103-106. A dificuldade em adotar tal opção é que os mecanismos tradicionais de proteção dos

direitos fundamentais pautam-se numa lógica dos direitos individuais. Basta pensar na categoria do “direito subjetivo” e nas garantias individuais, enquanto a tutela coletiva dos direitos sociais possui o obstáculo da legitimidade ativa e as sentenças que condenam a cumprir uma prestação caracterizam-se pela dificuldade de execução. Cf. COURTIS, Christian e ABRAMOVICH, Victor. **Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales**. In: SARLET, Ingo. **Direitos fundamentais sociais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 161-166.

⁸³ A expressão foi difundida após a decisão da Corte Constitucional alemã no caso que se tornou conhecido como *numerus clausus* BVerfGE 33, 303 (1972). Nele, restou decidido que cabe ao legislador e a Administração estabelecer o número de vagas nas universidades a partir do cálculo da reserva do possível dentro do que o orçamento permite. As passagens relevantes da decisão estão reproduzidas, em língua portuguesa, em SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Trad. Beatriz Hennig et. al.. Konrad Adenauer Stiftung: Berlim, 2005, p. 656-667. A expressão comporta dois sentidos um fático – recursos disponíveis – e outro jurídico – autorização orçamentária.

⁸⁴ “Há um conteúdo essencial também das tarefas e das incumbências que o intérprete deve desvendar e o aplicador da Constituição preservar, uma reserva de dignidade da pessoa. Para além disso, é o contraditório político – marcado por diferentes opções em contraste e por conjunturas variáveis – que imprime os ritmos, os graus e os modos de realização.” V. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional. Tomo IV – Direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 430-1.

⁸⁵ No plano do direito internacional dos direitos humanos tem se sugerido a utilização de indicadores, por exemplo, dos níveis de erradicação do analfabetismo ou do tratamento de doenças epidemiológicas. Começou-se, a partir disso, a trabalhar a relação entre o conteúdo do mínimo existencial, expressado nesses standards técnicos estabelecidos por indicadores a nível mundial, com os parâmetros para o desenvolvimento social dos direitos e sua justiciabilidade. Em sentido assemelhado. Cf. ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p.91.

⁸⁶ Este parâmetro procura respeitar, para usar a expressão de Robert Alexy, a margem, que o Legislador possui, de determinação dos fins, dos meios e de ponderação propriamente. Cf. ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Ano 22, nº66, 2002, p. 23 e ss. Disponível em : http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_066_011.pdf

⁸⁷ QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 185-6.

⁸⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional. Tomo IV – Direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 443.