

Fabiano Gomes de Oliveira

**DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL E POLÍTICA ECONÔMICA: A
CONFIGURAÇÃO BIDIMENSIONAL DO PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração em Direito Público, linha de pesquisa Estado, Constituição e Sociedade no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Orientador: Prof. Dr. Giovani Clark.

Belo Horizonte

2011

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

O48d Oliveira, Fabiano Gomes de
Direito fundamental social e política econômica: a configuração bidimensional do programa bolsa família / Fabiano Gomes de Oliveira. Belo Horizonte, 2011. 129f.

Orientador: Giovani Clark
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Legislação Social. 2. Direito Econômico. 3. Política Econômica. 4. Política Social. 5. Brasil. I. Clark, Giovani. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 304(81)

Fabiano Gomes de Oliveira

**DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL E POLÍTICA ECONÔMICA: A
CONFIGURAÇÃO BIDIMENSIONAL DO PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração em Direito Público, linha de pesquisa Estado, Constituição e Sociedade no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Dr. Giovani Clark (Orientador) - PUC Minas

Dr. Álvaro Ricardo Souza Cruz - PUC Minas

Dr. Onofre Alves Batista Júnior - UFMG

Belo Horizonte, 07 de fevereiro de 2011.

AGRADECIMENTOS

Somente quem enfrenta um desafio como é a realização de um mestrado, sabe bem o nível de sacrifício pessoal pelo que passa.

As renúncias são muitas! Convívio com a família, com os amigos, coisas simples da vida como um jogo de futebol, um passeio, uma ida ao cinema, são colocados em segundo plano para a realização deste objetivo.

Não se trata de um feito heróico, porém, uma realização especial que aqueles que alcançam sabem o que é.

A vitória não é somente do novo mestre, mas daqueles que se sacrificaram juntos. Assim, os agradecimentos também são por eles!

Aos meus pais, Sebastião e Fátima, que desde muito cedo me ensinaram o valor e a importância da educação na vida da pessoa, da mesma forma que insistiam que o futuro de nosso país dependia da educação de nosso povo.

À minha esposa Isabela, amor de minha vida e companheira fiel de toda esta jornada, que sabe exatamente o que é enfrentar um mestrado!

Às minhas queridas irmãs, Viviane e Raísa. À toda minha família.

Aos amigos da Fundação Brasileira de Direito Econômico, onde pude desenvolver e aprender bastante sobre a profunda relação do direito com a economia, bem como os desafios para o desenvolvimento do Brasil.

Ao caro professor Dr. Giovani Clark que, pacientemente, foi me mostrando os caminhos para a elaboração deste trabalho, salvando-me das armadilhas que surgiam, além do diálogo franco e sincero. Neste descobri, ainda, um grande amigo. Obrigado professor!

Aos professores do programa de pós-graduação em direito da PUC Minas, especialmente, Dr. Álvaro Ricardo de Souza Cruz, Dr. José Adércio Leite Sampaio e Dr. Antônio Cota Marçal. Grandes mestres! Grandes homens!

Aos demais servidores do programa, pelo bem tratar e auxílio constante.

À PUC Minas, onde me graduei, especializei, realizei o mestrado e onde dei meus primeiros passos na nobre arte de lecionar.

Epitáfio

(Titãs – comp. Sérgio Brito)

Devia ter amado mais
Ter chorado mais
Ter visto o sol nascer
Devia ter arriscado mais
E até errado mais
Ter feito o que eu queria fazer...
(...)
Devia ter complicado menos
Trabalhado menos
Ter visto o sol se pôr
Devia ter me importado menos
Com problemas pequenos
Ter morrido de amor...
(...)

LISTA DE FIGURAS

Tabela 1 – Repasse mensal/anual dos benefícios do PBF.....	p. 97
Gráfico 1 – Evolução do PIB brasileiro	p. 98
Gráfico 2 – Evolução do PIB <i>per capita</i>	p. 99
Tabela 2 – Valores dos benefícios.....	p. 102

RESUMO

A evolução do constitucionalismo, a partir das bases formuladas ainda na Idade Média, foi lenta e constante, mas acompanhando o próprio caminhar humano e os sobressaltos históricos pelos eventos dramáticos das mudanças que ocorriam na sociedade e no fenômeno do poder.

A redescoberta do homem como indivíduo permitiu a elaboração de novos caminhos à filosofia, à política e ao direito, ajustando-se ao aprofundamento da complexidade das relações sociais, principalmente, a partir da revolução industrial.

Estas novas situações sociais provocaram a necessidade de estabelecimento no direito do que se convencionou chamar de direitos fundamentais (ou do homem), os quais passam a ser o centro do próprio constitucionalismo. Porém, este grupo de direitos tomou forma e natureza diversas, conforme as necessidades humanas se apresentavam no contexto histórico.

Do direito positivo ao direito do pós-positivismo, as respostas às demandas sociais modificavam-se até entender-se que, o direito para ser considerado legítimo, somente seria aquele no qual o próprio destinatário fosse o seu autor.

A desigualdade social pela concentração das riquezas produzidas toma, no Brasil, contornos surpreendentes. Programas de natureza assistencialista jamais foram capazes de dar a resposta adequada, permitindo que os necessitados modificassem sua situação fática.

Assim, a inovação do Programa Bolsa Família cuja inovação é, justamente, pautar-se pela emancipação dos beneficiários. Para tanto, as condicionalidades exigidas às famílias que o recebem, como a educação e a saúde.

O bolsa família, como política pública, tem inegável contorno de direito fundamental social, derivando da própria constituição no âmbito do Estado Democrático de Direito e, por isto, podendo se considerado direito subjetivo.

Por outro lado, o programa bolsa família tem inegável impacto econômico, sendo importante elemento a ser utilizado em política econômica de incentivo ao consumo.

PALAVRAS-CHAVE: PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA – DEMOCRÁCIA – DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL – POLÍTICA ECONÔMICA – CONSTITUCIONALISMO – DIREITO ECONÔMICO

ABSTRACT

The evolution of constitutionalism, made from the bases in the Middle Ages, was slow and steady, but in keeping with the actual human gait and to rearrange the dramatic events of the historic changes occurring in society and the phenomenon of power.

The rediscovery of man as an individual allowed the development of new ways to philosophy, politics and law, adjusting to the deepening of the complexity of social relations, especially since the industrial revolution.

These new social situations, caused the necessity of establishing the right of the so-called fundamental rights (or man) who become the center of constitutionalism itself. However, this group of rights has taken shape and nature, as human needs are presented in historical context. Of positive law the right of the post-positivism, responses to social demands have changed to be understood that the right to be legitimate, would only be one in which the addressee was the author.

Social inequality in the concentration of economic power takes in Brazil, surprising contours. Nature of welfare programs were never able to give the correct answer, allowing the need to modify your factual situation.

Thus, innovation of the Bolsa Família whose innovation is precisely guided by the emancipation of the beneficiaries. For this, the conditionalities required for families who receive it, like education and health.

The family allowance, as public policy, has an undeniable edge of fundamental social right, derived from the Constitution itself under the democratic rule of law and, therefore, may be considered subjective rights.

Moreover, the program Bolsa Família has undeniable economic impact, an important element to be used in economic policy to boost consumption.

KEYWORDS: FAMILY SCHOLARSHIP PROGRAM - Democracy - RIGHT KEY SOCIAL - ECONOMIC POLICY - CONSTITUTIONALISM - ECONOMIC LAW

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	17
2.1 – Constituição e Constitucionalismo.....	17
2.1.1 – Considerações iniciais.....	17
2.1.2 – Constitucionalismo antigo.....	18
2.1.3 – Constitucionalismo moderno.....	23
2.2 – Direitos Fundamentais.....	30
2.2.1 – A Norma de Direito Fundamental.....	30
2.2.2 – Justificação dos Direitos Fundamentais.....	35
2.2.3 – A Eficácia dos Direitos Fundamentais.....	43
2.3 – Estado Democrático de Direito.....	53
2.3.1 – Considerações iniciais: Democracia.....	53
2.3.2 – O Estado Democrático de Direito na Teoria Discursiva de Jürgen Habermas.....	53
3 POLÍTICA ECONÔMICA NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	64
3.1 – Direito Econômico no marco teórico de Washington Peluso Albino de Souza..	64
3.2 – A Constituição Econômica.....	70
3.2.1 – Conceito.....	70
3.2.2 – A Constituição Econômica no Constitucionalismo Liberal.....	72
3.2.3 – A Constituição Econômica no Constitucionalismo Social.....	73
3.2.4 - A Constituição Econômica no Constitucionalismo Democrático.....	76
3.3 – Política Econômica e Ideologia Constitucional no Estado Democrático de Direito.....	77
3.3.1 – Política Econômica.....	77
3.3.2 – Política Econômica e Ideologia Constitucional na Constituição Federal de 1988.....	77
A) Aspectos gerais.....	84
B) Tipologia da atividade econômica estatal.....	85
C) Ideologia constitucionalmente adotada.....	87

D) Ordem econômica: artigo 170 da Constituição Federal.....	88
E) Ordem econômica: desenvolvimento e democracia.....	92
4 PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA.....	97
4.1 – Contexto brasileiro – alguns números.....	97
4.2 – Estrutura do Programa Bolsa Família.....	100
4.2.1 – Aspectos gerais.....	100
4.2.2 – População alvo (foco) e condições de acesso.....	101
4.2.3 – Condicionalidades.....	103
4.2.4 – Descentralização administrativa e intersetorialidade.....	104
4.2.5 – Controle social e participação comunitária.....	106
4.3 – O Programa Bolsa Família como implementação de Direito Fundamental Social.....	106
4.4 – O Programa Bolsa Família como objeto de Política Econômica.....	111
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	117
REFERÊNCIAS.....	120

1 INTRODUÇÃO

Herdeira da modernidade iluminista, a sociedade da pós-moderna, caracteriza-se pela inexistência de um único centro irradiador de valores e poder, constituindo-se numa complexa e plural rede de relações entre os indivíduos que a compõem, que se vêem livres e iguais para traçar, cada um, seus próprios projetos de vida boa/felicidade, pois, o homem passa a ser o centro de todo o sistema social, orientador de suas próprias ações.

Assim, uma sociedade estruturada a partir do multiculturalismo, complexa e plural, exige o aprofundamento do processo democrático de busca de soluções para as tensões da vida em comunidade. Esta, por sua vez, já não se estrutura sob alicerces puramente metafísicos, o que não deixaria margem à compreensão e tolerância em relação à diferença do outro por cada um dos integrantes da própria sociedade, repleta de valores e padrões de vida dos mais variados, reforçando a autonomia de cada um dos indivíduos.

Apesar da linha de continuação que parece seguir, a pós-modernidade não concebe o indivíduo atomizado do período iluminista da tradição kantiana, ao contrário, o projeto de felicidade individual pressupõe a felicidade do próprio corpo social, isto é, o homem em sua evolução histórica aprende que sua felicidade depende da felicidade do outro. O desrespeito a um indivíduo significa o desrespeito a todos os outros.

Liberdade e igualdade assumem, assim, novos papéis que vão exigir do jurista um esforço extra para quebrar os preconceitos oriundos de duzentos anos de disputas político-ideológicas, forçado, principalmente, pelo aparecimento do Estado Democrático de Direito, que não se contenta com a simples liberdade e igualdade perante a lei, ao contrário, exige o direito de cada indivíduo de ser reconhecido como igual e poder participar livremente na formulação de seus próprios projetos de felicidade.

A doutrina liberal que toma de assalto o mundo ocidental no final do século XVIII, principalmente com as revoluções burguesas, Americana e Francesa, rompe com as tradições e costumes medievais, que tinham na sociedade estamental, formada por castas rígidas de divisões sociais que acorrentavam o homem aos desígnios de seu nascimento, impõe uma nova estrutura social, aberta e dinâmica, na qual o indivíduo poderia assumir o papel que suas próprias forças lhe permitissem, modificando profundamente a compreensão da filosofia, política, economia e direito.

Na sociedade à feição do liberalismo, as teorias jusnaturalistas da liberdade ilimitada do homem pré-estatal são positivadas, transformadas em leis escritas e constitucionalizadas

para formarem o que se convencionou chamar de primeira geração de direitos fundamentais¹, caracterizados como direitos de defesa ou resistência, pois, prestavam-se a criar um escudo protetor do indivíduo em relação ao poder do Estado.

O avanço do Estado Liberal deixou importantes marcas na sociedade. Por um lado, o modo capitalista de produção tem sua afirmação como sistema econômico único, permitindo a rápida expansão da economia dos países centrais europeus e EUA, com aumento do parque fabril e desenvolvimento de novas tecnologias. Do outro lado, o sistema político-jurídico firmou-se no centralismo da lei escrita, oriunda do Poder Legislativo que ganhou destaque na substituição do Estado Absolutista do antigo regime pelo “novo” Estado de Direito Liberal.

Dava-se ênfase à liberdade, era o tempo do *laissez fair, laissez passer*, da mesma forma sobressaía a igualdade dos homens, mas, apenas diante da lei, consignando o formalismo extremo, sem qualquer caráter material/substancial que pudesse evitar distorções nas relações sociais.

Os anos que se seguiram às revoluções do final do século XVIII que fizeram surgir o Estado Liberal, foram conhecendo crescente desigualdade social com alta concentração das riquezas produzidas pela expansão econômica capitalista nas mãos de poucos, demonstrando que a verdadeira vitoriosa dos movimentos revolucionários anteriores foi a própria burguesia, a quem as benesses da nova realidade eram destinadas, em detrimento da classe trabalhadora explorada à exaustão e cada vez mais miserável.

A rápida deterioração das relações sociais, com majoritária parcela da sociedade na pobreza, alimentou o desenvolvimento de novos pensamentos cuja preocupação principal era com a condição social do homem, posteriormente institucionalizado no Estado Social.

Tem-se início, assim, um novo marco conhecido como Estado de Direito Social ou Estado do Bem-Estar Social, caracterizando-se, principalmente, pela positivação de direitos fundamentais de natureza social nas constituições, os chamados direitos fundamentais de segunda geração, cujo traço marcante é a ação positiva do Estado na implementação dos direitos fundamentais, bem como uma nova leitura dos direitos de primeira geração. O indivíduo passa a ser, então, cliente do Estado, exigindo deste a prestação de serviços que pudessem promover seu bem-estar.

O constitucionalismo social, movido pelo sentimento de igualdade, carrega em si a promessa de uma nova realidade com a promoção do bem-estar de todos os cidadãos,

¹ Não se ignora as formulações teóricas que afastam a tradicional classificação dos direitos fundamentais em primeira, segunda, terceira etc., gerações, haja vista a presença concomitante e, muitas vezes, interdependentes de direitos representativos de cada uma das gerações nas constituições atuais, porém, neste trabalho manter-se-á tal classificação em razão de questões meramente didáticas.

ajustando as forças do mercado em direção à mudança da estrutura da própria sociedade, isto é, as normas da nova constituição tentam superar a divisão estanque entre Estado e Sociedade patrocinada pelo liberalismo.

Porém, com a nova configuração constitucional, surge a norma programática que tem sua definição intimamente ligada ao surgimento do Estado Social, caracterizando-se pelo não reconhecimento imediato de eficácia normativa de seu conteúdo, já que, para tanto, exigiria a elaboração de norma infraconstitucional específica para implementação, impedindo, assim, o reconhecimento da existência de algum direito subjetivo decorrente de sua própria positivação, enquanto a norma menor não surgisse no plano jurídico.

Não por acaso, o constitucionalismo social, decorrente do próprio Estado de Direito Social, inovava e intrometia-se no econômico, cujos fatores haviam sido estabelecidos e solidificados no século anterior, sobre as luzes do liberalismo, cujo reflexo político-jurídico via-se no Estado Liberal. Já não se rejeitava a intervenção do Estado, mas, ao contrário, a sua presença era reclamada.

Assim, a programaticidade das normas do constitucionalismo social que tinha um claro projeto de modificação das estruturas da sociedade, inauguradas com a Constituição do México de 1917 e da Alemanha (Weimar) de 1919, era um imperativo das forças econômicas que se viam constringidas, sobretudo, com o fim do absolutismo da propriedade privada, minando o próprio individualismo até então reinante. Criava-se, então, um importante obstáculo ao projeto político de uma nova sociedade materialmente mais justa e igualitária.

A superação da doutrina das normas programáticas é, até hoje, vacilante, vendo os direitos fundamentais sociais, ademais, o aparecimento de novas elaborações doutrinárias impeditivas de sua implementação, desta vez mirando-se para os eventuais custos financeiros destes direitos e seu impacto no orçamento público, como se apregoa com a teoria da reserva do possível.

Conjunturas econômicas e fracassos de implementação dos projetos constitucionais, acarretaram fortes questionamentos ao Estado Social, muitas vezes acusado de assistencialista, cuja natureza paternalista ao extremo impedia o livre desenvolvimento dos indivíduos. É neste substrato teórico que se afirma o Estado Democrático de Direito como evolução do Estado Liberal e do Estado Social, ambos incapazes de responderem a todas as demandas da sociedade por motivos que serão devidamente explorados neste trabalho.

Este Estado Democrático de Direito terá como mote principal garantir aos indivíduos plena possibilidade de participação na direção dos desígnios do Estado, de tal forma, que cada um reconheça pelo debate de ideias na elaboração das leis, a sua própria contribuição. Fecha-

se, assim, a arquitetura político-jurídica do Estado Democrático de Direito, cujos desdobramentos serão apontados a seguir.

A primeira consequência é a consideração de todos os indivíduos integrantes de determinada sociedade, como livres e iguais, não apenas no plano formal, mas substancial; a segunda, imediatamente ligada à primeira, é favorecer a autonomia do sujeito, possibilitando, então o exercício de sua condição de cidadão, bem como a plenitude de suas liberdades subjetivas.

Por sua vez, autonomia é reconhecida como a disposição da busca da própria felicidade do sujeito, contudo, esta felicidade é, na realidade, o resultado da satisfação das necessidades do indivíduo. Necessidades que podem e devem ser entendidas por todas as ordens de espécies, isto é, materiais e espirituais (sem conotação metafísica), quer individualmente, quer coletivamente.

Estas necessidades na tradicional divisão doutrinária constitucional, serão classificadas como os direitos fundamentais da liberdade (de defesa ou resistência) e os da igualdade (sociais, econômicos e culturais), ambos com perceptíveis momentos históricos de advento, contudo, existindo e persistindo concomitantemente.

Assim, a existência do Estado Democrático de Direito defende em seu núcleo a própria existência autônoma do indivíduo que, de seu lado, necessita de condições tanto formais quanto materiais para sua manutenção. Chega-se, portanto, onde se pretendia, depreendendo-se que o Estado Democrático de Direito depende das próprias condições de vida dos indivíduos que o compõem.

Ao lado da liberdade clássica, isto é, o direito de defesa original das revoluções liberais do século XVIII, apontam-se as reais condições de vida dos indivíduos da sociedade, o que compreende saúde, educação, alimentação etc. Sem estas condições básicas, não há como conceber um indivíduo autônomo e, conseqüentemente, o próprio Estado Democrático de Direito.

No Brasil, como se sabe, a configuração social é marcada por forte característica excludente, sendo o país um dos mais desiguais no cenário internacional. Registre-se, por oportuno, que a desigualdade no caso brasileiro conhece a miséria extrema.

Esta condição social pode ser sim, grave entrave para a existência do Estado Democrático de Direito em sua plenitude, impedindo ou distorcendo a efetividade de seus requisitos, como, por exemplo, a “compra” de votos em período eleitoral, aproveitando-se da fragilidade social de eleitores.

Este desafio, isto é, do pleno desenvolvimento democrático, impõe uma dupla jornada,

exigindo, por um lado, a eficácia dos dispositivos constitucionais referentes aos direitos fundamentais, principalmente, os sociais e, assim, sua efetividade e, por outro, o desenvolvimento econômico nacional, além do simples crescimento modernizante, num reconhecimento tácito da importância do econômico para o direito.

Faz-se, antes, uma ressalva ao não se adotar como marco teórico deste trabalho, o conceito marxiano da superestrutura, que considera o direito mera consequência das relações postas de produção da riqueza, porém, reconhecendo-se que existe, sim, uma influência recíproca entre os dois campos de conhecimento.

Assim, o reconhecimento do direito exige além da simples positivação dos direitos fundamentais, especialmente os sociais, a sua eficácia e efetividade, superando discursos típicos de transição de modelos estatais (Estado Liberal para Estado Social). Tais disposições doutrinárias, das quais é exemplo a concepção das normas constitucionais programáticas, impedem ou opõe obstáculos para o pleno reconhecimento daqueles direitos, evitando a pretensão direta aos mesmos.

Da mesma forma, o estudo das políticas econômicas adotadas no país, na perspectiva de um direito econômico inserido no conjunto normativo do Estado Democrático de Direito, deve levar em consideração a realidade socioeconômica de parcela majoritária da população brasileira, que se apresenta em extrema exposição aos efeitos da intensa desigualdade social brasileira.

Desta forma, a política econômica aplicada deve levar em consideração a ideologia constitucionalmente adotada, para traçar caminhos que leve ao desenvolvimento econômico, maximizando a existência do próprio Estado Democrático de Direito.

A necessidade de superar a grande desigualdade social de sua população, bem como a promoção de seu desenvolvimento, impõe ao país, seja ao Estado, seja à sociedade, a obrigação de capacitar-se e entender os instrumentos utilizados para alcançar aqueles objetivos.

Assim, o estudo de programas de renda mínima garantida, como o Bolsa Família, sua extensão e efeitos, especialmente no que se relaciona ao ordenamento jurídico-constitucional, é passo importante para sua aplicabilidade e efetividade, atingindo, portanto, a finalidade que lhe é esperada, qual seja, a redução da pobreza, a formação de uma sociedade justa e solidária e a indução ao desenvolvimento.

A orientação teórico-metodológico que inicialmente orientará a pesquisa será a obra de Washington Peluso Albino de Souza, quanto à definição, limites, regras e princípios do direito econômico, bem como a fonte direta das políticas econômicas no âmbito da ideologia

constitucionalmente adotada.

É neste conjunto de desafios que se propõe, neste trabalho, a estudar o Programa Bolsa Família, instituído pela lei nº 10.836/2004, espécie de renda mínima garantida a indivíduos incapazes de suprir as necessidades materiais básicas para sua própria sobrevivência, sob duas perspectivas, (i) como política de Estado, haja vista previsão constitucional implícita no âmbito dos direitos fundamentais sociais, superando a noção de políticas públicas ligadas a governos, de feição transitória e, (ii) como instrumento de política econômica, na seara do instituto da repartição, sob a perspectiva desenvolvimentista, adotando-se, para tanto, a obra de Washington Peluso Albino de Souza como marco teórico.

O desafio fica maior e mais complexo quando o estudo pauta-se na configuração do Estado Democrático de Direito, conforme a teoria procedimentalista de Jürgen Habermas, isto é, uma democracia inclusiva de todos os indivíduos da sociedade, com a abertura dos canais comunicativos possibilitadores de ampla participação, permitindo, assim, o expresse reconhecimento da soberania popular, bem como a legitimidade dos caminhos a serem seguidos pelo Estado.

Assim, esta dissertação será dividida em três capítulos, além da introdução e considerações finais, sendo eles, o primeiro, a tratar dos aspectos históricos, políticos, filosóficos e jurídicos da formação do Estado Democrático de Direito, a partir da contribuição da filosofia surgida ainda na Idade Média, base para o constitucionalismo moderno, evolução e crise dos Estados Liberal e Social, no ambiente do pós-positivismo a pautar a hermenêutica do direito.

O segundo capítulo será dedicado ao estudo do direito econômico e sua contribuição para o desenvolvimento do país, cuja aplicação, na leitura que lhe dá o neoconstitucionalismo, deve-se pautar para a implementação da Constituição Econômica da Constituição Federal de 1988, de claro viés desenvolvimentista.

E, por último, no terceiro capítulo, estudar-se-á o Programa Bolsa Família, como previsto na legislação criadora, inserido no ambiente do Estado Democrático de Direito, sua perspectiva constitucional e como objeto de política econômica, bem como suas virtudes e críticas, eventualmente, feitas.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1 – Constituição e Constitucionalismo

2.1.1 – Considerações iniciais

Se algo identifica fortemente os tempos atuais é a aspiração contextualizada num projeto de emancipação do indivíduo, através de longa e inacabada evolução no caminhar do homem, promovendo uma sociedade complexa e pluralista, na qual não brada absoluto um único poder soberano, mas vários, formados por intrincada rede de interesses a denunciar diversos projetos de vida boa.

Por certo, o fenômeno do constitucionalismo em suas variadas facetas, congregando elementos do político, do histórico, da cultura e do jurídico, é a síntese deste processo de afirmação do indivíduo, desejoso de autonomia que permita reforçar sua esfera privada de interesses ao mesmo tempo que promove a satisfação de suas necessidades. Neste tocante, faz-se uma ressalva para refutar qualquer interpretação apressada no sentido de que a satisfação das necessidades individuais, no âmbito de seus interesses privados, seria uma apologia rasa ao individualismo liberal.

Entretanto, o constitucionalismo não pode ser resumido a uma única dimensão imutável no tempo e na geografia, tampouco, num fenômeno espontâneo e imediato a acontecer aos homens, ao contrário, importa em apontar um lento e gradual desenvolvimento a encaixar diversas peças de um quebra-cabeça complexo, ritmado, sem exageros, pelas próprias necessidades humanas traduzidas em experiências de vida, em idas e vindas históricas.

Antes, porém, de iniciar-se seu estudo mais detalhado, é conveniente fixar-lhe o conceito, retirado das lições de Canotilho (1999, p. 47) para quem o constitucionalismo “*é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade*”, o que indica ser um fenômeno que tem imanente a ideia de poder, sua limitação e forma de exercício em relação aos que estão submetidos a sua força, o que ressalta, por outro lado, a noção de autonomia do indivíduo.

Não é, no entanto, um fenômeno típico da modernidade, mas, aparece séculos antes, mesmo sem a designação própria de constitucionalismo, do que seriam casos a “*politeia*” grega e a “*res publica*” romana, como formas de estabelecimento de governos e forma de exercê-los.

Neste tópico, contudo, passar-se-á a analisá-lo como forma de explicação e legitimação do poder, a partir dos desdobramentos do desenvolvimento da teoria do direito divino do medievo, pela influência direta na elaboração das teorias constitucionais racionalistas do novo Estado de Direito que surge com as revoluções liberais do século XVIII, por isto, dividindo-o em dois tópicos bastante abrangentes e generalistas: constitucionalismo antigo e constitucionalismo moderno. Mais adiante, ver-se-á a evolução ao Estado Democrático de Direito.

2.1.2 – Constitucionalismo antigo

A Idade Média é normalmente caracterizada como a “era das trevas”, período de atraso e violência, no qual o homem teria abdicado de sua condição racional para submergir numa religiosidade opressora e truculenta, em clara oposição à Antiguidade Clássica. Não por acaso, a era que se segue, a Moderna, em seu esplendor no século XVIII, conhecido como o “século das luzes” (daí a nomenclatura Iluminismo), é apontada como aquela na qual o homem finalmente rompe com a menoridade intelectual para fazer valer a razão, única e exclusivamente.

Deve-se considerar, porém, que a Idade Média, principalmente o período denominado como Baixa Idade Média, que vai do século XI ao XV, é de intensas descobertas e avanços intelectuais, que criariam as bases e alimentariam o racionalismo iluminista do período seguinte. É neste momento que o sistema feudal, estabelecido no período imediatamente anterior ao ocupar o espaço deixado pelo fim do Império Romano, começa a entrar em decadência, surgindo as cidades-livres e desenvolvendo-se um novo e importante ator, o burguês, que impulsionará as novas relações econômicas e sociais e, por fim, políticas.

Vale destacar o seguinte ponto: é na Idade Média que se molda a característica principal do constitucionalismo moderno, qual seja, o estabelecimento de limites ao exercício do poder (DANTAS, 2009, p. 44), fundidos a ferro, fogo e sangue, o que no fundo, equivale a dizer a própria legitimação do poder. É como afirma Goyard-Fabre (2002, p. 5), “os primeiros

sinais da modernidade política, esparsos e parcimoniosos, podem ser descobertos já no final do século XIII na desconfiança com que alguns leigos, aliás isolados, cercaram a filosofia de Santo Tomás”. Espera-se, no entanto, sensibilidade do leitor em relação aos estreitos limites deste trabalho, despretensioso no objetivo de exaurir o tema.

Quando no ano de 476 d.C. é deposto o último imperador romano do ocidente por tribos germânicas, teve fim um dos maiores poderes políticos, culturais, militares e econômicos que a Europa já conheceu, o Império Romano, interrompendo uma forma de vida e organização político-jurídica que, sem dúvidas, deixou fortes marcas nos povos dominados e incorporados ao seu mundo, bem como sobre aqueles, que agora, dominavam.

A Europa mergulhava num novo momento, no qual as forças vitoriosas procuravam firmar-se e autolegitimar-se como novos senhores, em instáveis movimentos geopolíticos, cuja fragilidade não permitia o exercício perene do poder. A falta de um poder central consolidado, com força o bastante para se impor, permitiu a ascensão da única organização que sobrevivera ao fim do Império, conduzida de forma unificada em torno de um único líder, o Papa, e da qual a legitimidade de sua existência não poderia ser colocada à prova: a Igreja Católica.

Inobstante ter se tornada a religião dos últimos imperadores romanos, a partir da controversa conversão de Constantino em meados do século IV d.C., e ter sido transformada na religião oficial do Império em 395 d.C., a Igreja ainda era um poder secundário e, basicamente, espiritual, submetida aos poderes do Império.

A condição de único poder organicamente organizado em oposição à fragmentação política da Europa, deu à Igreja Católica uma oportunidade ímpar de firmar e expandir-se, principalmente, ao promover a conversão das tribos invasoras que se estabeleciam nos antigos domínios romanos, ao mesmo tempo que o Direito Canônico consolidava-se como fonte jurídica para os novos reinos/povos, já que o Direito vulgar (“bárbaro”) era incapaz de responder aos conflitos que surgiam com a modificação da estrutura social (CRUZ, 2004, p. 40), correspondente à integração cada vez maior dos povos dominados/conquistadores.

A reorganização das forças seculares a partir da baixa Idade Média, seja pela concentração em torno de certos senhores através de vitórias militares, seja pelo incentivo do poder econômico, apartado do político, que começa a surgir com a incipiente classe da burguesia, mais tarde protagonista das revoluções liberais, ao mesmo tempo em que encontrava respaldo no poder da Igreja, também se limitava por ela, já que a legitimidade do poder tinha natureza divina. Ao Papa, no exercício do *plenitudo potestatis papalis*, pela Igreja, cabia eleger, coroar, bem como depor reis e imperadores (neste caso, em relação ao Sacro

Império Romano-Germânico).

A divisão do poder neste período era, teoricamente, feito em duas esferas bem definidas. Estruturava-se a partir da teoria das duas espadas firmada ainda na alta Idade Média. Por esta, Deus era o fundamento de todo o poder, que era entregue ao papa e aos reis: “auctoritas” e “potestas”, respectivamente. Isto é, o poder concentrava-se em duas monarquias, a eclesiástica e a secular, que deveriam governar em direção ao bem comum, que era a própria Verdade divina (VILANI, 2000, p. 28).

A teoria das “duas espadas”, exposta nos séculos VI e VII pelos papas Gelásio e Gregório Magno, era clara: a *plenitudo potestatis* pertence unicamente a Deus; mas Deus dá aos dois poderes distintos do Pontífice – a *auctoritas* – e do rei – *potestas* – a missão de fazer a ordem divina triunfar neste mundo. (GOYARD-FABRE, 2002, p. 8)

Posteriormente, em razão do enfraquecimento dos príncipes e reis, o Papa unifica ambos os poderes em sua figura para exercer, assim, a *plenitudo potestatis* (GOYARD-FABRE, 2002, p. 8).

Tomás de Aquino, estruturando o pensamento teológico com base no aristotelismo, promoveu a junção da fé com a razão como forma de explicar a finalidade da existência do homem (sempre voltado para Deus), racionalizando a teologia (MORRISON, 2006, p. 77). O pensamento tomista apontava a existência de quatro tipos diferentes de leis (MORRISON, 2006, p. 77), o que era extremamente relevante e oportuno, pois, reforçava o poder temporal da Igreja, já que era a única capacitada à interpretação da “lei” de Deus (CRUZ, 2004, p. 49).

Estas leis estão presentes na questão 91, “A diversidade das leis”, na 1ª seção da 2ª parte da *Suma Teológica* (AQUINO, 2005, p. 528):

- a) lei eterna referindo-se ao plano de Deus para a criação, sendo que a razão humana não tinha acesso a ela;
- b) lei natural que é relativa ao próprio ser humano, com a razão humana capaz de percebê-la e descrevê-la;
- c) lei humana que é a lei escrita pelo homem, porém, devendo ser justa o que implica em atender à lei natural;
- d) lei divina, revelada ao homem e contida nas escrituras, com a função de auxiliar o homem no entendimento da lei natural e humana.

Sistematizando desta forma a fé através da razão, Tomás de Aquino concebeu um direito que somente poderia fundamentar e legitimar-se na vontade de Deus e, conseqüentemente, todo aquele que almejasse o poder deveria submeter-se ao divino,

implicando, assim, no poder da Igreja sobre o poder secular.

A lógica tomista era tão presa a este pensamento, que o Estado Nacional que a partir do século XIV começa a ser formado, somente poderia ser concebido pela vontade de Deus e, de tal forma, que o Direito deste Estado (e por isto o poder) somente seria legítimo se conforme o Direito natural (divino), caso contrário, o Direito e o poder seriam injustos, permitindo até mesmo a rebelião dos súditos (MORRISON, 2006, p. 85).

De outro modo, as leis podem ser injustas por serem contrárias ao bem divino, como as leis dos tiranos que induzem à idolatria ou a qualquer outra coisa que seja contrária a lei divina. E tais leis, de modo algum, é lícito observar, porque, como diz o livro dos Atos, 'é necessário obedecer mais a Deus do que aos homens'. (AQUINO, 2005, p. 590)

O poder pautava-se na religião que era o seu fundamento último, servindo de legitimidade e, também, obstáculo ao seu exercício absoluto. O Estado Nacional surge sob justificativa religiosa, objetivo do Direito natural conforme a orientação tomista, com o único fim de permitir aos seus cidadãos o desempenho de suas faculdades para o bem comum, que era alcançar a felicidade de acordo com a natureza do homem (MORRISON, 2006, p. 77).

Simultaneamente ao estabelecimento do Estado Nacional, o poder temporal da Igreja começa a ser questionado, enfrentando o papado desafios de ordem interna, como o movimento de reforma denominado de conciliarismo dos séculos XIV e XV, que pretendia limitar a plenitude do poder papal, submetendo-o e afirmando que a Igreja era uma associação de cristãos, cuja direção caberia a corpo coletivo, o concílio geral, assembléia representativa dos fiéis, e não ao Papa, isto é, o poder do Papa não era pessoal, mas derivava e devia obediência à coletividade da Igreja (SKINNER, 1996, p. 396).

Externamente, a redescoberta do Direito Romano devida à Universidade de Bolonha, no desenvolvimento da Escola dos Glosadores, daria ao Direito raízes seculares importantes (MORRISON, 2006, p. 76) necessárias para a afirmação do poder laico carente de instrumentos independentes para o seu exercício. Como bem observado por Foucault (2009, p. 180), o Direito Romano transformou-se, posteriormente, no grande arcabouço jurídico do poder monárquico do absolutismo.

A persistente preocupação em justificar o poder em termos que pudesse ser legitimado levou às mais diversas construções teóricas, nos limites do contexto medieval, sempre com o ideal de delimitação do exercício do poder e, concomitantemente, “na independência da Cidade em relação à Igreja e na autonomia do princípio temporal, que contrapunham francamente à autoridade espiritual” (GOYARD-FABRE, 2002, p. 6).

João Quidort, um frade dominicano francês que viveu entre meados do século XIII e início do século XIV, tendo sido discípulo de Tomás de Aquino, escreve *Sobre o Poder Régio e Papal* (1989), sua grande obra, onde defendeu a separação entre o poder espiritual e o temporal, sendo este integralmente entregue ao poder civil (LIMA, 2006, p. 134). A construção teórica de Quidort (1989, p. 13) foi realizada no contexto do conflito entre o Papa Bonifácio VIII e o rei francês Filipe IV, numa disputa por espaço no poder temporal.

Para Quidort (1989, p. 44), o Direito natural, no sentido tomista, levava à associação dos seres humanos através de um pacto social, evento histórico que constituiria o que chamava de “multidão perfeita”, que elegia uma pessoa ou uma família para dirigi-la, num sistema de monarquia. Ou seja, o poder fundamentava-se em Deus, contudo, quem o detinha era o povo que o delegava a um eleito com a missão de liderá-lo em direção ao bem comum.

No mesmo sentido de separação das esferas de poder, Marsílio de Pádua, filósofo medieval italiano do século XIV, escreveu em 1324 sua obra *O Defensor da Paz*, na qual defendia a total separação entre o poder espiritual e o temporal. Para Pádua (1995), o poder civil deveria ser entregue a um governo civil e, a Igreja, deveria cuidar apenas das questões espirituais. Desenvolveu a noção de soberania popular, sendo o povo o verdadeiro detentor do poder e do império da lei (VILANI, 2000, p. 41). Das lições do paduano, observa Goyard-Fabre (2002, p. 9) que “o reconhecimento de uma ordem sociopolítica independente da ordem eclesiástica abria, assim, o caminho para a concepção do Estado moderno, cuja soberania logo será apresentada como a ‘forma’ ou a ‘essência’.

Quanto mais centralizava o poder, mais o Estado Nacional minava o poder temporal acumulado pela Igreja, relegando-a ao exercício do poder espiritual, o que não era pouco. Apesar da tensa e conflituosa relação entre o Estado Nacional e a Igreja, porém, ambos mantinham-se simbioticamente, já que o poder central estatal, traduzido na figura do rei, fundamentava-se numa legitimidade divina, o que exigia a concordância da própria Igreja, que tinha no Estado, uma valiosa fonte de exercício do poder temporal.

Contudo, a figura do rei legitimado pelo Direito divino, assume contornos absolutistas, já que exercia o poder não por vontade própria, mas pelo desejo de Deus. O Estado Nacional, assim, tem sua soberania pautada na figura do soberano, detentor do poder legítimo pela razão divina. O constitucionalismo antigo, portanto, era a feição do amálgama entre o Direito, a Religião e a Moral (CRUZ, 2004, p. 62). O poder era explicado e legitimado, bem como limitado, conforme a orientação tomista, com base no divino, o que, como se sabe, poderia ser ilimitado.

Esta construção teórica, entretanto, começa a perder sua força com o os eventos que se

sucederam ainda no medievo, como a reforma protestante, o advento e consolidação do capitalismo, a revolução científica e o racionalismo filosófico (CRUZ, 2004, p. 56), cada um com características próprias, cujos elementos foram importantes para abalar os fundamentos do antigo poder e preparar terreno para uma nova forma de legitimar e exercitar o poder, consolidando o que se chamou de constitucionalismo moderno.

2.1.3 – Constitucionalismo moderno

A evolução na forma de organização do poder, especialmente com sua concentração na figura do rei soberano do novo Estado Nacional, exigiu dos juristas um esforço que levasse ao aperfeiçoamento de seu exercício.

Apesar do paulatino afastamento da Igreja do poder secular exercido de forma direta, com a preeminência do rei, a justificação e legitimidade do poder, ainda pautava-se pelas teorias do direito divino, o que permitia o próprio poder absoluto.

Contudo, eventos dispersos em pelo menos três séculos distintos, foram minando esta forma de legitimação do poder e, conseqüentemente, seu exercício, substituindo-a por novas teorias, dessa vez, fundamentados na razão, mesmo que mantivessem por princípio político a figura do rei absolutista, como por exemplo, Tomas Hobbes na sua obra “Leviatã” (1974).

Paradoxalmente, ao mesmo tempo que o poder centralizava-se nas mãos do rei, adquirindo contornos absolutos, em sentido contrário, elaborava-se resistências que freassem o exercício deste poder, especialmente, movimentos que evidenciavam o homem e o indivíduo, como o humanismo renascentista, o antropocentrismo e o individualismo (CRUZ, 2004, p. 55), fundando teorias dos mais variados matizes que somadas, traçam um caminho direto para o Constitucionalismo Moderno.

Deste conceito, surge outro, o de “Constituição Moderna”, que na concepção de Canotilho é a “*ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político*” (1999, p. 48).

Desde sua inauguração, o Constitucionalismo da modernidade passou por fases conforme os eventos históricos que se sucediam, alimentados pelos jogos de interesses da própria sociedade. Esta relação complexa dá-se num ambiente de tensões, pretensões e resistências motivadas de acordo com a força predominante do momento, capaz, assim, de

definir o próprio constitucionalismo, oriundo de acordos políticos nutridos pelas forças sociais em evidência.

Por óbvio, a realidade social de cada época apresenta características próprias dando o ritmo, assim, à noção constitucional que vigora. Mas, o mais importante, é que as gerações que se sucedem em cada sociedade, carregam a experiência das gerações anteriores o que reflete na concepção de direito de seu contexto histórico. Por isto que, ao se falar em gerações de direitos fundamentais deve-se sempre ter em mente, que os direitos não são dispensados ou colocados de lado, mas agregados a novos que são incorporados e juntos passam a conviver.

O Constitucionalismo Moderno pode ser dividido, assim, em três fases distintas, cada qual com suas características próprias, quais sejam: a liberal, a social e a democrática.

O Constitucionalismo Liberal é o que surge com a transição da sociedade feudal para a sociedade burguesa, impondo novas relações de poder, desta vez pautadas na vontade geral, conforme as teorias contratualistas, traduzida pela lei, isto é, o Estado Absolutista, ainda representante da configuração social do feudalismo, é substituído pelo Estado de Direito, que é organizado conforme uma Constituição fundada no poder soberano do povo.

Assim, o Constitucionalismo Liberal é o ápice do racionalismo, integrando-se ao movimento iluminista, incorporado que foi pela filosofia política e jurídica a partir da revolução científica que se deu desde o início da Era Moderna, composto pelas doutrinas contratualistas, da separação de poderes, do justnaturalismo e do liberalismo, tanto político como econômico (DANTAS, 2009, p. 47), condicionando o direito a seguir apenas as regras da razão, obrigando-o, portanto, a abandonar as teorias com base no direito divino.

Na realidade, o Estado de Direito que surge com as revoluções liberais de fins do século XVIII, notadamente a americana e a francesa, representa a consolidação de um novo projeto de vida: o burguês. A vitória política da burguesia representa uma intensa reviravolta nas relações de poder, principalmente, por colocar ao lado do poder político e religioso um novo, representativo das emergentes relações sociais que se iam afirmando com a consolidação do capitalismo como forma de produção, qual seja, o poder econômico.

O constitucionalismo que nasce sob a bandeira do liberalismo político e econômico é, conforme Dantas (2009, p. 45), a “*expressão da simbiose de concepções filosóficas, políticas, econômicas e jurídicas que se erigiram contra o exercício arbitrário do poder político pelo Estado absolutista e em prol da liberdade individual*”, principalmente, aquela relacionada à liberdade da atividade econômica.

Incentivados pela doutrina do direito natural racionalista, os revolucionários liberais adotaram a cartilha contratualista que, apesar de suas divergências conceituais em seus

maiores expoentes, como Hobbes, Locke e Rousseau, tinham como linha geral uma liberdade natural pré-estatal do homem que lhes garantiam direitos inatos em face do próprio Estado, delimitados pela sua individualidade na qual aquele não poderia intervir.

O indivíduo, titular de direitos inatos, exercê-los-ia na Sociedade, que aparece como ordem positiva frente ao Estado, ou seja, frente ao *negativum* dessa liberdade, que, por isso mesmo, surge na teoria jusnaturalista rodeado de limitações, indispensáveis à garantia do círculo em que se projeta, soberana e inviolável, a majestade do indivíduo. (BONAVIDES, 2009, p. 40)

Este é o mote das revoluções que se seguiram para implantar o Estado Liberal, opondo a pretensão de liberdade individual ao Estado Nacional Absolutista consolidado no medievo (BONAVIDES, 2009, p. 41; DANTAS, 2009, p. 52).

O surgimento e estabelecimento da burguesia como expressão do poder econômico, já desde a Baixa Idade Média, foi um forte incentivo à consolidação do Estado Nacional com a unificação do sistema legal, bem como o monetário e o de pesos e medidas em determinado território, essenciais para o próprio desenvolvimento do capital (GRAU, 2005, p. 31), pois, a divisão territorial em vários microcosmos de poder, típico do sistema feudal, era um entrave (HUBERMAN, 1986, p. 65). Faltava a ela apenas o acesso direto ao poder político, o que veio com as revoluções do século XVIII.

A tomada do poder político tinha um objetivo muito claro: o estabelecimento de um regime que promovesse a previsibilidade e a segurança jurídica na feição dos interesses da burguesia, permitindo, assim, a mais ampla liberdade possível dos agentes privados com a estabilização de suas relações patrimoniais. Ao Estado era, a partir de então, limitado intrometer-se em questões privadas, surgindo o que se convencionou chamar de direitos fundamentais de defesa.

O aprofundamento do desenvolvimento do capitalismo provocou uma profunda transformação da configuração social. As cidades cresciam com as novas indústrias demandando mão-de-obra. A imigração populacional das áreas rurais para as urbanas era intensa. As relações privadas passaram a pautar-se pela possibilidade de lucro que poderiam gerar. Ao trabalhador, ao contrário do modelo feudal, restava apenas a venda de sua força de trabalho, fixado conforme as variações do mercado sob a lei da oferta e da procura.

Apesar da divisão teórica apresentada por Kriele (2009), na qual o liberalismo constitucional e o liberalismo econômico não se confundiriam, isto é, não haveria uma unidade conceitual, ocorre que, substancialmente, o Estado de Direito que surge, fundamentado no constitucionalismo liberal, é a extensão da sociedade burguesa que impõe

seu projeto político e econômico.

Assim, para Kriele:

O “liberalismo” como movimento político buscava, em geral, atingir dois objetivos: o Estado Constitucional e a economia de mercado. Segundo isso, distingue-se entre o *liberalismo político*, no qual se trata de divisão de poderes e de Direitos humanos, e o *liberalismo econômico*, no qual se trata de economia de mercado, ou resumindo: o liberalismo constitucional e o liberalismo econômico. (KRIELE, 2009, p. 240)

A grande vitoriosa nas revoluções do século XVIII foi a burguesia. O novo Estado que surge tem sua feição e motivação em suas pretensões. Não se pode confundir, portanto, o constitucionalismo liberal que então surge com o regime democrático (BONAVIDES, 2009, p. 68). Os direitos fundamentais positivados tem o condão de promover a liberdade das relações privadas, principalmente, comerciais, mesmo que no futuro sirvam, juntos a outros direitos fundamentais naquele momento desconhecidos, para instrumentalizar o exercício da democracia.

Durante o século XIX, o sistema capitalista de produção se firma, definitivamente, como o modelo econômico do Estado de Direito que, também, se consolidava. Tanto no político como no econômico, as características das relações sociais tinham o liberalismo como bandeira. Se no campo do econômico o reflexo deste padrão era uma proposta de afastamento do Estado das relações de produção, no político e jurídico não seria diferente.

O direito viu neste período, a afirmação do Poder Legislativo com proeminência sobre os demais poderes estatais, reforçando o primado da lei e a segurança e estabilidade das relações que dela poderiam advir. Neste contexto é que o positivismo jurídico assume contornos definitivos influenciando o direito até fins do século XX, ao dissolver o próprio conceito de legitimidade ao de legalidade (BONAVIDES, 2009, p. 37).

O individualismo liberal reinante no século XIX do pós-revolução industrial e seus reflexos nos campos da política, economia e direito, marcava sobremaneira a nova configuração social que tinha como característica uma intensa desigualdade social, propiciando o advento de teorias imbuídas do objetivo de superar aquele modelo excludente, como o marxismo.

A influência marxista e a tomada de consciência da classe proletária oposta à burguesa, que nasceu e cresceu à margem das novas riquezas produzidas, apesar de sua essencial contribuição, a exigir que o Estado olhasse para suas fragilidades e miséria, fizeram com que a teoria constitucional tomasse outro rumo, preenchendo o formalismo do constitucionalismo liberal com promessas de substancialidade do direito.

O Estado Social que então surge não é, na verdade, a substituição do modelo capitalista liberal e seus corolários político-jurídicos pelo modelo marxista, mas, sim, a transformação do Estado Liberal (BONAVIDES, 2009, p. 37) de modo a permitir que o próprio capital sobrevivesse, eis a radicalização possível do discurso socialista, exemplificada pela Revolução Russa de 1917.

O constitucionalismo social que nascia, cujos marcos históricos são a Constituição Mexicana de 1917 e Alemã de 1919, vinha cheio de promessas de mudanças nos padrões de vida, com forte carga intervencionista do Estado nas relações sociais e econômicas. Neste momento, não é mais o indivíduo a estrela, porém, a coletividade, numa tentativa de reconciliação entre o Estado e a Sociedade em prejuízo às teses individualistas (BONAVIDES, 2003, p. 231).

À Constituição, então, não basta mais apenas organizar o Estado e garantir os direitos individuais, mas, também, ditar os objetivos e metas a serem atingidos pelo poder estatal em consonância aos novos direitos fundamentais sociais e econômicos naquele momento positivados.

A nova face do constitucionalismo surge, justamente, pelos embates ocorridos no seio da sociedade pós-revolução industrial, motivadas pelas pretensões e resistências de classes opostas, de um lado, a burguesia representativa do capital e, de outro, a do proletariado, referente à trabalhadora. É desta disputa por direitos e garantias que se configura o Estado Social, com a positivação de novos direitos fundamentais de caráter sociais, econômicos e culturais, representativos de reivindicações, disputas e concessões.

Com o constitucionalismo social, promitente de um sociedade mais justa e igualitária, advém dispositivos cujos núcleos normativos tem sua eficácia esvaziada, na tentativa de acomodação de pretensões opostas, impossibilitando o reconhecimento como direitos subjetivos imediatamente demandáveis, necessitando da atuação do legislador infraconstitucional para implementação de seus conteúdos e gerando o que Bonavides (2003, p. 232) chamou de crise de juridicidade da constituição: as normas programáticas.

As normas programáticas representavam, ao mesmo tempo, a esperança de transformação social para uma sociedade mais justa, bem como a manutenção do *status quo*, já que dissociada de efeitos jurídicos concretos e imediatamente acionáveis, pois, dependiam da atuação posterior do Poder Legislativo “criando as condições materiais e institucionais para o exercício destes direitos” (CANOTILHO, 1999, p. 446). Representava, na realidade, uma dura reação na seara do direito à aplicação dos novos direitos fundamentais positivados nas constituições (CRUZ, 2009, p. 9).

Um dos argumentos, inclusive, que são levantados pelos que são contrários à fundamentalidade dos direitos sociais, como informa Netto (2010, p. 50), é justamente a indeterminabilidade de suas normas e consequente impossibilidade de sua justiciabilidade sem que haja legislação infraconstitucional para sua operacionalização. O tema será melhor enfrentado quando do tópico próprio relativo à eficácia dos direitos fundamentais.

A crise econômica da década de 1970, acentuada principalmente pelos dois choques do petróleo, colocou em xeque o funcionamento do Estado Social prestador de serviços públicos e, com isto, sua própria legitimidade constitucional, provocando intensas reformas do Estado e sua forma de atuação (NETTO, 2010, p. 97). A situação socioeconômica ainda foi agravada pelas doutrinas neoliberais reguladoras do Estado Mínimo, isto é, pela reduzida presença do Estado no campo da atividade econômica, bem como na diminuição das despesas sociais, além dos ventos do movimento da globalização a reduzir a soberania, tanto política como econômica dos Estados Nacionais, principalmente, dos países periféricos.

Os Estados nacionais passam a executar o neoliberalismo de regulação transferindo serviços e atividades econômicas estatais à iniciativa privada (via privatização e desestatização), agora, atraentes ao capital, em face da “redução” dos ganhos com a indústria bélica da guerra fria e dos avanços científicos. (SOUZA; CLARK, 2008, p. 70)

Em que pese a força arrebatadora com que a doutrina neoliberal se impôs, tanto em seu viés político como econômico ao desconstruir o Estado Social e permitindo, assim, a volta da proeminência do mercado como instituição regulativa das relações da sociedade, acabou por evidenciar a ascensão de um novo paradigma estatal, a do Estado Democrático de Direito. Salutar explicitar, porém, que a influência do neoliberalismo para a renovação das teorias do Estado e do constitucionalismo, liga-se nas fragilidades e paradoxos internos da própria doutrina minimalista, haja vista a falta de instrumentos institucionais inviabilizadora de possíveis reações a crises socioeconômicas que se apresentavam.

Tanto o Estado Liberal quanto o Estado Social tinham em seu fundamento normativo um dado em comum, que era a legitimidade do direito a partir da própria legalidade, isto é, o fundamento do direito pautava-se pela legalidade consubstanciada pela formalidade legislativa de sua concepção, o que em linhas gerais, significa dizer que ambos os paradigmas estatais não se confundem, necessariamente, com o Estado Democrático de Direito (SILVA, 1997, p. 118). Esta situação era imanente ao positivismo predominante desde fins do século XVIII na filosofia jurídica.

A tragédia da Segunda Grande Guerra com o holocausto, quando milhões de pessoas

morreram somente por pertencerem a determinado grupo étnico ou religioso ou, apenas, por serem indesejáveis, tudo devidamente regrado juridicamente na lógica de um Estado de Direito, deixou a lição que a legitimidade do direito não se bastava na lei, formalmente elaborada e oriunda de autoridade competente, mas exigia a presença de um elemento ético em sua justificação/aplicação, pois, ficou evidente que as simples maiorias políticas poderiam subjugar os demais, levando à consolidação da jurisdição constitucional e à proteção dos direitos fundamentais colocados fora do alcance do legislador (SARMENTO, 2009, p. 14).

Esta mudança no paradigma do constitucionalismo e na teoria do Estado, reclama, então, a inclusão de todos os indivíduos no debate político (CRUZ, 2009, p. 11). É uma exigência que surge a partir do momento que se compreende que a sociedade não é dividida em classes estáticas e, tampouco, o indivíduo é um ser abstrato. Ao contrário, a sociedade é plural e complexa, composta por indivíduos reais que representam cada um, universo próprio de projetos particulares que buscam tornar-se concretos.

Assim, o constitucionalismo contemporâneo do Estado Democrático de Direito preza pela inclusão de todos os cidadãos, tratados como iguais, na participação das decisões que pautarão o discurso do direito (CRUZ, 2009, p. 12), reconhecendo-se a força normativa dos direitos fundamentais, centrando-se, ainda, no princípio maior da dignidade da pessoa humana (CRUZ, 2009, p. 11)

Como salienta Sarmiento (2009, p.12), o neoconstitucionalismo, denominação doutrinária ao fenômeno do constitucionalismo contemporâneo, não pode ser definido por uma única vertente, tamanha a difusão de doutrinadores a separar concepções diversas, como são exemplos, os comunitaristas, pautados no republicanismo cívico, e os procedimentalistas, de verve a evidenciar a participação deliberativa, porém, inegável que em todos irão coincidir a força normativa da constituição e a eficácia dos direitos fundamentais.

O Estado Democrático de Direito como um novo modelo de Estado e Constitucionalismo, transforma substancialmente a concepção de direito, trasladando sua legitimação do mero conceito formal de lei para reaproximá-lo da ética e da moral em consonância, entretanto, com a concepção que a sociedade contemporânea se reveste, isto é, plural e complexa a englobar ilimitados projetos de autonomia (liberdade), refletindo por isto na própria produção e aplicação do direito ao mesmo tempo que refunda a soberania popular, gravitando em torno do povo a legitimidade do exercício do poder.

2.2 – Direitos Fundamentais

2.2.1 – A Norma de Direito Fundamental

Dissertar sobre a norma de direito fundamental é, ao mesmo tempo, dizer sobre o próprio direito fundamental, seu conteúdo, justificação, interpretação e aplicação, que acabam transformando-se em problemas da teoria e da filosofia jurídica, ainda que reconhecida a centralidade na qual os direitos fundamentais posicionaram-se no constitucionalismo democrático contemporâneo. De suas matrizes históricas às teorias que pretendem justificá-los (SAMPAIO, 2004), muita tinta e papel foram gastos sem que se chegasse a peremptórias definições, mas, a cada tentativa, novas contribuições agregaram-se de forma a permitir, ao menos, um esboço de entendimento.

Inegavelmente, os direitos fundamentais são vetores de certos valores de determinada sociedade, conforme o contexto histórico que se apresenta. Assim, a qualificação de certos direitos como fundamentais baseia-se na valoração de determinadas situações decorrentes da experiência histórica do homem em seu convívio social, como afirma Bobbio (2004, p. 18) “o elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc.”.

Pérez Luño (1999, p. 543) ressalta que “concepção geracional dos direitos humanos significa, em suma, reconhecer que o catálogo de liberdades nunca será uma obra fechada e acabada”². Complementando o pensamento, o autor afirma ainda que “uma sociedade livre e democrática deverá mostrar-se sempre sensível e aberta para o surgimento de novas necessidades, que fundamentam novos direitos”³ (PÉREZ LUÑO, 1999, p. 543).

A experiência histórica produz, então, um impacto no indivíduo/sociedade de tal forma, que o seu resultado ou sensação é valorizado de maneira a ser considerada boa ou ruim. O resultado desta classificação, não decorrente de simples maniqueísmo, será juridicizado conforme o acordo político presente em uma constituição, no âmbito do discurso de justificação, revestindo-se, a partir de então, da normatividade necessária para o que se

² “una concepción generacional de los derechos humanos implica, en suma, reconocer que el catálogo de las liberdades nunca será una obra cerrada y acabada.” (PÉREZ LUÑO, 1999, p. 543)

³ “una sociedad libre y democrática deberá mostrarse siempre sensible y abierta a la aparición de nuevas necesidades, que fundamenta nuevos derechos” (PÉREZ LUÑO, 1999, p. 543)

propõe. É válido ressaltar, porém, a advertência de Pérez Luño (1999, p. 543) para quem o contexto histórico dos direitos fundamentais não se prende a um determinismo com um fim predeterminado, mas, sim, como experiência social a nutrir o seu surgimento como uma necessidade a conformar direitos.

Desse momento em diante, aquelas experiências deixarão para trás sua natureza ou carga axiológica para, então, conforme o sistema jurídico-político vigente serem positivadas como normas jurídicas, regras ou princípios, a serem utilizados pelo juiz no discurso de aplicação, não se admitindo graduação ou uma escala de gostos e preferências (CRUZ, 2007, p. 217), pois, o sistema jurídico irá atuar como uma engrenagem, um mecanismo entre “o mundo da vida e os sistemas sociais por meio de uma linguagem própria: um código binário que lhe permite perceber ou não os provimentos estatais e as ações sociais como lícitas ou não” (CRUZ, 2007, p. 217).

Por oportuno, as lições de Pérez Luño (1999, p. 541), adepto da corrente do jusnaturalismo, no sentido de que os direitos humanos não se legitimam em valores universais, absolutos, intemporais e ahistóricos típicos do direito natural clássico, definidos no plano ideal por uma razão autossuficiente.

Interessante notar, contudo, que os direitos fundamentais não se confundem com as normas de direitos fundamentais. Alexy (2008, p. 50) deixa isto muito claro ao afirmar que “entre o conceito de normas de direitos fundamentais e o conceito de direitos fundamentais há estreitas conexões”. Sustenta, ainda, que sempre que alguém tiver um direito fundamental, haverá uma norma de direito fundamental garantindo este direito (ALEXY, 2008, p. 50).

Entretanto, Alexy (2008, p. 85) faz uma ressalva que considera essencial quando analisa a estrutura das normas de direitos fundamentais: a distinção delas entre regras e princípios. Anota, ainda, que a diferença entre as duas espécies de normas tem um fundo qualitativo (ALEXY, 2008, p. 90) e não de grau ou generalidade que possam ocorrer em relação às regras e aos princípios.

Para Alexy (2008, p. 90) “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Assim, Alexy (2008, p. 90) considera que os princípios são mandamentos de otimização “que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”. Isto decorre, ainda segundo Alexy (2008, p. 103), do caráter *prima facie* dos princípios.

Já as regras seriam normas que ou são satisfeitas ou não, implicando que se deve fazer exatamente o que uma regra determina, “nem mais, nem menos” (ALEXY, 2008, p. 91). A diversidade normativa, contudo, não é construção de Robert Alexy, o qual pauta-se na doutrina de Ronald Dworkin (2007) no momento em que desfere forte golpe no positivismo, ao separar os princípios das regras.

Desta distinção Alexy (2008) constrói uma teoria para solucionar os casos de conflitos entre regras e de colisões entre princípios. No caso das regras, a solução do conflito que surge quando duas possam dar soluções contraditórias, ou se dará com o acréscimo de uma cláusula de exceção em uma das regras ou será com a declaração de invalidade de uma delas (ALEXY, 2008, p. 92). Isto é, tratando-se de regras eventual conflito será solucionado no campo da validade jurídica.

Para os princípios, Alexy (2008) aponta solução diversa para o caso de colisões entre eles. Não será necessário, contudo, o acréscimo de uma cláusula de exceção, tampouco a declaração de invalidade. O que ocorrerá é a precedência de um princípio sobre outro em determinadas condições e, em outras condições a solução será pela precedência do outro princípio (ALEXY, 2008, p. 93). É o que Alexy chama de “lei de colisão” (2008, p. 94).

Assim, Alexy (2008) retira do campo da validade jurídica eventual colisão entre princípios, admitindo a precedência de um sobre o outro condicionada à situação fática apresentada. Para tanto, atribui a noção de peso a ser conferido, conforme as condições do caso concreto, a um ou outro princípio. Tal se dá pela íntima relação entre princípio e valor, o que permite falar de colisão e de sopesamento (peso) entre princípios e de colisão e sopesamento entre valores (ALEXY, 2008, p. 144).

Nestes casos, na ocorrência de uma colisão entre princípios, o que importaria em um conflito entre valores (constitucionalmente previstos) a solução pela aplicação de um princípio ou o outro diante o caso concreto, conforme a lei de colisão, deveria se dar pela aplicação da máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2008, p. 117). Neste caso, deve-se observar a relação de subsidiariedade entre os subprincípios ou máximas parciais, isto é, a necessidade somente é utilizada quando o ato impugnado já tivesse passado pela adequação e, assim, para a proporcionalidade em sentido estrito, como ressaltado por Cruz (2007, p. 210).

Aqui cabe uma explicação, para Alexy (2008, p. 575), “os direitos fundamentais independentemente de sua formulação mais ou menos precisa, têm natureza de princípios e são mandamentos de otimização”. Neste caso, conforme a íntima relação entre princípios e valores, a aplicação em um caso concreto que envolva colisão entre princípios e, assim, valores, ao invés da consequência de invalidade de um deles, como ocorreria com as regras, importa em afastá-lo da solução. Para isto, faz-se necessário um método que observe a partir da racionalidade a solução pela aplicação por um e não outro princípio, sob pena de negar validade a um princípio.

E como para Alexy os direitos fundamentais tem natureza de princípios, o afastamento de um para a solução em um caso concreto que envolva direitos fundamentais antagônicos, não pode importar em uma declaração de invalidade ou ineficácia de determinado direito fundamental. Por isto a afirmação de Alexy de que “a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela” (2008, p. 116).

A distinção da norma entre duas espécies, princípios e regras, visualizando especialmente Robert Alexy, sofre duro golpe de Cruz (2007, p. 323), em sofisticada elaboração doutrinária, ao afirmar que fica à “espera de que alguém formule um critério que nos convença da racionalidade/utilidade de tal distinção, mas que o faça dentro da aplicação do direito e que não promova uma cisão da ontologia hermenêutica”. Ressalte-se, porém, que o tema não é objeto desse trabalho, por isto não será enfrentado, o que não retira a importância da passagem, servindo como alerta do caminhar da doutrina. Mantém-se, assim, a distinção das normas entre regras e princípios como já demonstrado.

Lado outro, não se perde a oportunidade, acompanhando Cruz (2007), da necessária crítica à máxima da proporcionalidade conforme proposto por Alexy (2008). Tal crítica se pauta no marco teórico deste trabalho que é a teoria procedimentalista de Jürgen Habermas no que se relaciona à configuração do próprio Estado Democrático de Direito, na direção apontada por Cruz (2007).

A crítica principal baseia-se na superação da “jurisprudência de valores” desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão no pós-segunda guerra, de forma a enfrentar o “legalismo estrito e positivista do antigo tribunal do *Reich*” (CRUZ, 2007, p. 197), haja vista o déficit de eticidade apresentado durante o regime do nacional-socialismo. Pautando-se em Habermas (2003), a máxima da proporcionalidade tem inequívoca limitação ao discurso de fundamentação, o veio político de criação da norma, momento no qual é permitido ao legislador recorrer a valores ou outros elementos num cálculo entre meios e fins, respeitado o princípio democrático, pois, “quando nos apoiamos numa teoria procedimental, a legitimidade

de normas jurídicas mede-se pela racionalidade do processo democrático da legislação política (HABERMAS, 2003, p. 290).

Conforme Cruz (2007, p. 201), “o controle da constitucionalidade deve cingir-se aos discursos de aplicação para que galgue condição de legitimidade”, o que pressupõe o necessário afastamento da noção de valor, conforme a jurisprudência de valores, pois, os “argumentos legitimadores, a serem extraídos da constituição, são dados preliminarmente ao tribunal constitucional, na perspectiva da aplicação do direito – e não na perspectiva de um legislador, que interpreta e configura o sistema dos direitos, à medida que persegue políticas” (HABERMAS, 2003, p. 324).

O problema para ser mais exato, reside na conformação destes valores nos quais a ponderação na proposta alexyana vai se pautar. Oliveira (2007) ao analisar a máxima da proporcionalidade aplicada ao famoso julgamento do *habeas corpus* 82.424-2, no Supremo Tribunal Federal – STF, caso Ellwanger, que tratava sobre publicações de cunho discriminatório antissemita, aponta os riscos inerentes ao se adotar tal teoria. O julgamento, além de paradigmático, pautou-se pela consideração dos ministros “de uma suposta colisão entre valores, liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana, solucionável a partir da ponderação” (OLIVEIRA, 2007, p. 117).

O que o autor observa, sendo muito ilustrativo, dos votos dos ministros tomando por base um representativo da maioria vencedora e um da minoria vencida, é que “chegaram a soluções diferentes, em razão, justamente, de pré-compreensões divergentes acerca de como compreender as finalidades e os valores a serem alcançados ou priorizados pela decisão a ser tomada” (OLIVEIRA, 2007, p. 117).

Esta mistura entre norma jurídica e valor, a permitir a ponderação conforme o peso valorativo de determinado direito fundamental diante de um caso concreto, coloca em risco o próprio sistema jurídico, já que viola o seu código binário de licitude/ilicitude, permitindo ao juiz ser um verdadeiro legislador (CRUZ, 2007, p. 212) ao escolher, no sentido de um decisionismo subjetivista, a resposta que ele, juiz, conforme seus pré-conceitos, ache melhor.

E, nesse sentido, complementando o raciocínio de Oliveira (2007), é que são pertinentes os questionamentos a seguir:

Sabendo-se que o bem é um conceito pessoal, pois envolve a noção de preferências e gostos, quem terá a primazia de defini-lo? O governo? O Judiciário como conformador dos que são os direitos fundamentais? Quem será o nosso tutor, o superego da sociedade, o nosso ‘grande irmão’ de modo que possamos saudá-lo de forma conveniente? Como saber que aquilo que é considerado lícito não é o que é preferível para uns poucos ou para uma maioria governista eventual? (CRUZ, 2007,

p. 218)

Estas perguntas traduzem o risco de aplicar-se a máxima da proporcionalidade como proposto por Robert Alexy, na esteira da jurisprudência de valores do Tribunal Constitucional alemão, violando o código binário do direito e permitindo ao juiz assumir a posição de verdadeiro legislador, que o discurso de fundamentação poderia ser reaberto para que a decisão fosse proferida conforme as convicções preconcebidas do magistrado, o qual, contudo, perderia em legitimidade, pois carente de justificação racional do âmbito próprio do debate político, pontuado pelo princípio democrático, onde os textos normativos são produzidos.

2.2.2 – Justificação dos Direitos Fundamentais

Antes de adentrar-se ao tema propriamente dito, é importante destacar a questão da terminologia adotada. Confusões muitas vezes se seguem na tentativa de nomear o grupo de direitos que aqui se estuda, se direitos fundamentais ou direitos humanos. Na realidade, substancialmente, diferenças não há que possam justificar um ou outro (SAMPAIO, 2004, p. 22), ressaltando-se, porém, que tratam de direitos ligados à condição humana. No entanto, uma diferenciação faz-se presente, por construção doutrinária, ao tocar a expressão direitos fundamentais ao direito positivado na constituição de um Estado qualquer e direitos humanos relacionado ao plano internacional, como informa Sarlet (2009, p. 29). Por isto, nesta dissertação, usar-se-á a expressão direitos fundamentais.

Direitos fundamentais “constituem construção definitivamente integrada ao patrimônio comum da humanidade” (SARLET, 2009, p. 21), sendo elemento caracterizador do próprio constitucionalismo moderno.

Variados são os esforços teóricos na tentativa de justificar os direitos fundamentais, desde teorias subjetivas, passando por outras tantas objetivas, até intersubjetivas e, cada qual, desdobrando-se em outras tantas, como informa Sampaio (2004). Até mesmo há aqueles que negam tal possibilidade de acordo com Sampaio (2004, p. 58). O que todas que acreditam nos direitos fundamentais tem em comum, porém, é a necessidade de demonstrar a existência e justificar sua observância obrigatória, o que, num segundo momento, se traduz no problema de sua eficácia e efetividade (SARLET, 2009).

A problemática em torno de sua eficácia e efetividade, contudo, modifica-se quando os direitos fundamentais são divididos em direitos de defesa ou resistência (negativos) e direitos prestacionais ou sociais (positivos), sendo que em relação a estes, algumas correntes teóricas mais radicais chegam mesmo a negar sua existência (SARLET, 2009b).

A disputa em torno dos direitos fundamentais está ligada ao momento de seu reconhecimento na evolução histórica do constitucionalismo, não sendo exagero afirmar certa contaminação ideológica na discussão. Os direitos de defesa estão intimamente ligados ao projeto do Estado Liberal ou Estado Burguês, configurando uma necessária separação entre Estado e Sociedade e, dentro desta, na super valorização do indivíduo.

Neste contexto, os direitos fundamentais prestam-se a destacar a relação desigual entre Estado e indivíduo (relação vertical), com a necessária proteção deste em relação àquele, isto é, os direitos fundamentais seriam uma própria limitação do poder estatal à indevida interferência na esfera privada do indivíduo. É o justo sobressaindo-se ao bem. Valoriza, principalmente, a liberdade e a propriedade.

Os direitos fundamentais justificam-se no contexto do Estado Liberal nos direitos naturais, cuja feição racional recebe principalmente na Idade Moderna, no “reconhecimento da pessoa como portadora de dignidade e titular de pretensões oponíveis às demais pessoas e à organização política” (SAMPAIO, 2004, p. 59).

Com mais precisão, conforme Pérez Luño:

A concepção subjetivista, entendida como autoconsciência racional da dignidade, da liberdade e da igualdade, se encontra na base da melhor tradição do jusnaturalismo humanista e democrático, sobre o que se constrói a fundamentação moderna dos direitos humanos. (PÉREZ LUÑO, 1999, p. 145)⁴

Por sua vez, os direitos sociais surgem num segundo momento do constitucionalismo, com o advento do Estado Social, no vácuo deixado pela crise do Estado Liberal. Historicamente, credita-se à Constituição do México de 1917 e à alemã (Weimar) de 1919, a primazia na positivação de direitos sociais de cunho prestacional, isto é, o indivíduo como credor do Estado em ações positivas materialmente caracterizadas. Desta vez, o bem toma importância em relação ao justo e a igualdade sobrepõe-se à liberdade.

A justificação dos direitos fundamentais toma caráter objetivista quando a teoria do direito o reconhece como vetor de certos bens, valores e justiça definidos aprioristicamente.

⁴ La concepción subjetivista, entendida como autoconsciencia racional de la dignidade, la libertad y la igualdad, se halla em la base de la mejor tradición del iusnaturalismo humanista y democrático sobre el que se construye la fundamentación moderna de los derechos humanos. (PÉREZ LUÑO, 1999, p. 145)

Mais uma vez com Pérez Luño:

Para os fins desta discussão, incluirão-se na justificação objetivista o conjunto de posições da doutrina que afirmam a existência de uma ordem de valores, regras ou princípios que têm validade objetiva, absoluta e universal, independentemente da experiência dos indivíduos ou a avaliação de suas consciências. (PÉREZ LUÑO, 1999, p. 137)⁵

O Estado Social tem óbvia sustentação neste regime teórico. Assim, os direitos fundamentais surgem para cumprir com certos compromissos com a sociedade, a partir de uma ordem objetiva de valores, na qual o subjetivismo do indivíduo não terá nenhuma influência. O que se quer é realizar estes valores, imbuído no espírito de justiça, isto é, o próprio conceito de justiça social a inspirar o igualitarismo na sociedade.

Entretanto, é interessante destacar a ressalva apontada por Pérez Luño:

As dificuldades impostas pela aceitação das teses centrais da ética material de valores estão em destaque quando se verifica que nem mesmo entre os seus principais defensores haja acordo sobre os valores que integram o quadro objetivo e absoluto autodenominado valores (der Tafel Werte), ou a respectiva ordem de prioridade. (PÉREZ LUÑO, 1999, p. 139)⁶

A evolução da teoria do direito, assim, como da teoria do Estado, ao provocar a necessidade de repensar a posição do próprio direito em relação à sociedade, conformando um novo paradigma estatal, coloca o jurista frente a novos desafios que, no caso dos direitos fundamentais, exige uma reelaboração teórica que permita o reconhecimento e importância próprios dos direitos fundamentais, objetos centrais do constitucionalismo e do Estado Democrático de Direito.

Assim, se o fundamento do Estado Liberal era a realização da liberdade jurídica negativa, cabia ao indivíduo o maior grau possível de liberdade para fazer ou deixar de fazer o que bem quisesse (ALEXY, 2009).

O Estado Social fundamentava-se, ao contrário, no princípio da justiça distributiva, pautando-se em instrumentos de prestações positivas pelo Estado ao indivíduo, de forma a corrigir distorções materiais de distribuição de bens sociais, isto é, “por intermédio da igual

⁵ A efectos de esta exposición, se incluirán en la justificación objetivista el conjunto de posturas doctrinales que afirman la existencia de un orden de valores, reglas, o principios que poseen validez objetiva, absoluta y universal con independencia de la experiencia de los individuos, o de su consciencia valorativa. (PÉREZ LUÑO, 1999, p. 137)

⁶ Las dificultades que suscita la aceptación de las tesis centrales de la ética material de los valores se ponen de relieve cuando se comprueba que, ni tan siquiera entre sus máximos defensores, se da un acuerdo sobre los valores que integran esa sedicente objetiva y absoluta tabla de valores (Tafel der Werte), ni sobre su respectivo orden de prioridad. (PÉREZ LUÑO, 1999, p. 139)

distribuição de liberdade fática deve ser produzida uma igualdade fática” (ALEXY, 2009, p. 129).

Em ambos os paradigmas a tentativa sempre foi a de realçar a autonomia, porém, na órbita privada, livrando o indivíduo dos ditames do poder. Esta era a função dos direitos fundamentais. Nisto eles se justificavam historicamente. Entretanto, quer no paradigma liberal, quer no social, a conformação do direito falhava naquilo a que se propunha que é, justamente, promover a autonomia do indivíduo.

Desta forma, “o paradigma procedimental do direito é introduzida por Habermas como reação às debilidades do paradigma liberal e do Estado social” (ALEXY, 2009, p. 128). O projeto é desenvolver a teoria dos direitos fundamentais no âmbito do Estado Democrático de Direito, sem ignorar as realizações e fracassos do Estado Liberal, que ao ressaltar a liberdade jurídica que desembocou num individualismo extremo, ignorou o fato das diferenças próprias dos seres humanos, que foram aprofundadas em perigosas desigualdades sociais, comprometendo a autonomia dos indivíduos.

Por outro lado, a tentativa do Estado Social de compensar a desigualdade fática com prestações materiais, levou ao risco de se anular, também, a autonomia do indivíduo ao transformá-lo em um cliente assistido pelo Estado.

Pela proposta procedimental habermasiana, ao lado da autonomia privada deve-se fortalecer a autonomia pública, fundamental para no Estado Democrático de Direito a “comunidade entender-se enquanto associação voluntária de membros do direito livres e iguais” (HABERMAS, 2003, p. 146). É neste quadro que se justificam os direitos fundamentais, como forma a realizar no maior grau possível o princípio democrático.

Esta direção do direito, na qual se justificam os direitos fundamentais, não apenas se insere na perspectiva de controle do poder, mas, também, como estrutura ideal para o projeto de emancipação do indivíduo, não mais tutelado ou limitado, porém, realizado na excelência de sua condição humana.

Pelo procedimentalismo discursivo, a formação do consenso fundado na verdade, estabelecida na interação linguística entre os homens, somente seria possível se aquelas interações seguissem regras da argumentação racional. Essas regras serão cumpridas quando os atores da interação linguística encontrarem-se numa situação ideal de fala, como igualdade de oportunidade de fala, sinceridade, simetria de posições etc. (CRUZ, 2006, p. 88).

Mas as questões que se colocam são, dentro do marco teórico desta dissertação, isto é, a teoria procedimental do direito de Jürgen Habermas, como os direitos fundamentais se justificariam? Qual o fundamento destes direitos no paradigma procedimentalista?

Primeiramente, cabe esclarecer que Habermas (2003) classifica os direitos fundamentais em cinco categorias. Tal classificação tem importância para a teoria procedimentalista habermasiana, pois, é a representação no âmbito de justificação e co-explicação dos direitos fundamentais entre si, ademais, explica a relevância dos direitos fundamentais no princípio da democracia tão caro a Habermas, pelos efeitos diretos do princípio do discurso.

Neste ponto, é possível enfiar as diferentes linhas de argumentação, a fim de fundamentar um sistema dos direitos que faça jus à autonomia privada e pública dos cidadãos. Esse sistema deve contemplar os direitos fundamentais que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente, caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo. (HABERMAS, 2003, p. 154)

Importante para Habermas (2003) é a ideia de que a autolegislação evidenciada no princípio da democracia, por cidadãos livres e iguais, que impõe aos destinatários do direito a observância obrigatória, permitam, também, que os mesmos destinatários possam entender-se como autores deste mesmo direito. Sendo desta estrutura que o direito retiraria sua legitimidade.

Assim, conforme Habermas, as cinco categorias de direitos fundamentais são as seguintes:

- (1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação.
(...)
- (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status* de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito;
- (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual.
(...)
- (4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo.
(...)
- (5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4). (HABERMAS, 2003, p. 159 e 160)

Em relação às três primeiras categorias de direitos fundamentais, Habermas (2003, p. 159) deixa claro tratem-se da aplicação propriamente dita do princípio do discurso quanto à interação dos sujeitos do direito na produção do próprio direito. Acrescenta o autor, ainda, não serem direitos de defesa contra o Estado, pois “regulam apenas as relações entre os civis livremente associados, antes de qualquer organização objetiva ou jurídica de um poder do

Estado, contra o qual os civis precisam proteger-se” (HABERMAS, 2003, p. 159). Isto é, estas categorias de direitos fundamentais apenas reforçam a autonomia privada de uns em relação aos outros, denunciando em sua teoria as bases das teorias contratualistas, apesar de com elas não se confundir.

A quarta categoria de direitos fundamentais acrescenta a condição de “iguais” que deve pousar sobre os sujeitos do direito, neste caso, possibilitando que assumam “também o papel de autores de sua ordem jurídica” (HABERMAS, 2003, p. 159). Ressaltando, ainda, que essa categoria encontra aplicação reflexiva no momento da interpretação, tanto dos direitos constitucionais, quanto das quatro primeiras categorias dos direitos fundamentais (HABERMAS, 2003, p. 160). Somadas, as quatro primeiras categorias correspondem ao *status* autorreferencial de cidadãos livres e iguais, que no princípio do discurso corresponde ao princípio da democracia, legitimando o direito positivo.

O que fica claro, conforme Alexy (2009, p. 131) é que “o sistema dos direitos de Habermas é um sistema essencialmente procedimental de direitos”, ou seja, há um predomínio inequívoco dos direitos fundamentais políticos já que garantem a participação dos sujeitos do direito na produção normativa, com especial atenção à autonomia privada de cada um deles, “pois, enquanto sujeitos do direito, eles só conseguirão autonomia se se entenderem e agirem como autores dos direitos aos quais desejam submeter-se como destinatários” (HABERMAS, 2003, p. 163).

Aliás, pelas palavras do próprio Habermas reforçam-se esta liderança dos direitos fundamentais políticos quando afirma que:

A proposta de uma interpretação dos direitos fundamentais à luz da teoria do discurso deve servir para esclarecer o nexos interno entre direitos humanos e soberania do povo, como também solucionar o paradoxo da legitimidade que surge da legalidade. (HABERMAS, 2003, p. 160)

Em relação à quinta categoria de direitos fundamentais, Habermas (2003, p. 160) não os fundamenta de forma absoluta, porém de forma relativa em relação àqueles, pois, somente irradiaria força na medida do necessário para um aproveitamento em igualdade de condições, ou chances iguais de manifestação, das quatro primeiras categorias de direitos fundamentais. Transparece neste caso, algo de materialidade nas reais condições de vida dos sujeitos de direito. Porém, no que tange a esta parte específica na teoria de Habermas, somente no último capítulo desta dissertação é que será, devidamente, explorado e desenvolvido, mantendo-se, assim, uma metodologia apropriada a um trabalho científico na construção dos argumentos e

considerações.

Assim, os direitos fundamentais para Habermas não tem um conteúdo determinado previamente para os sujeitos do direito (SAMPAIO, 2004, p. 114), ao contrário, é nas relações intersubjetivas, observando-se as regras já dadas traduzidas nas quatro primeiras categorias do catálogo habermasiano, que se vai precisar o que vale e o que não vale em relação aos direitos fundamentais. Por isto, o predomínio dos direitos políticos, justificados como absolutos, na condição de se formar uma comunidade de cidadãos livres e iguais. É desta forma, então, que se dá a conjugação essencial entre a autonomia privada e a autonomia pública.

A autonomia privada garantida pela autonomia pública é, ao mesmo tempo, dela garantia. Elas se implicam, crescem e amadurecem juntas. O legislador universal – nos limites de sua comunidade – não habita o gênio solitário do ser que, por razão ilustrada, vive a agir segundo as máximas que reputa de todos e a todos vinculantes. Mas se desenvolve em meio a um processo comunicativo que une pessoas livres e iguais, dispostas a viver juntas. (SAMPAIO, 2009, p. 308)

Desta forma, os direitos fundamentais justificam-se em Habermas na construção de um comunidade ideal de falantes, sujeitos do direito livres e iguais, cuja autonomia individual é ressaltada e protegida tanto no que se refere a serem destinatários do direito, quanto a serem autores do direito, no ambiente do debate político da produção normativa, valorizando, então, a autonomia pública destes sujeitos, na medida em que se assumem como cidadãos.

Os direitos fundamentais, assim, não são meras reproduções dos direitos de defesa clássicos do Estado burguês, apesar da evidência que os direitos políticos tomam em Habermas, pois necessários ao procedimento de produção da própria norma, ou seja, a institucionalização dos direitos fundamentais como pressupostos da atividade político-jurídica. São, portanto, “normas básicas do sistema jurídico-político, como expressão necessária de um consenso racional em torno da auto-identidade comunitária e de sua *práxis* política” (SAMPAIO, 2004, p. 113).

Por outro lado, em Habermas, tais direitos não se afastam de seu contexto histórico, aproximando-se, então, da posição de Bobbio (2004, p. 18) anteriormente citada, quanto aos fundamentos históricos dos direitos fundamentais, haja vista o conteúdo dos direitos fundamentais, na teoria procedimentalista, não ser definido *a priori*. Assim:

Regras do direito não regulam possíveis interações entre sujeitos capazes de falar e de agir em geral, como é o caso das regras da moral: elas regulam os contextos interacionais de uma sociedade concreta. Isso deriva do próprio conceito de positividade do direito, isto é, da facticidade da normatização e da imposição do direito. Normas jurídicas originam-se das decisões de um legislador histórico, referindo-se a um universo jurídico geograficamente delimitado e a uma

coletividade de parceiros jurídicos delimitável socialmente, e, com isso, a um âmbito de validade espacial. Tais limitações no tempo histórico e no espaço social são devidas à circunstância de que os sujeitos do direito têm de ceder os seus direitos de usar a força a uma instância que monopoliza os meios legítimos de coerção e, dado o caso, os emprega a ser favor. Pois todo monopólio da força sobre a terra é uma entidade finita, o que valeria inclusive para um governo mundial – em relação ao futuro e ao cosmo, ela é provinciana. (HABERMAS, 2003, p. 161)

Habermas não é, entretanto, imune a críticas, como a exigência de Pérez Luño (1999, p. 167) de agregar-se à teoria procedimentalista categorias empíricas ou valores, para evitar que caia no mais abstrato formalismo ou a advertência de Sampaio (2004, p. 116) sobre os riscos do idealismo das condições igualitárias dos falantes, pois, “até em sociedades relativamente homogêneas, a aproximação real e faticamente inevitável do que se exige em tese traz o risco de escamotear assimetrias e relações de dominações sociais”, o que se torna mais grave ainda em sociedades de profunda desigualdades sociais.

No entanto, como ressalta Cruz (2007, p. 327), a concepção de Habermas do Estado Democrático de Direito não significa a refutação das conquistas do Estado Social, principalmente por este não ter cumprido com todas as suas promessas, o que parece ter um especial significado no caso brasileiro para a aceitação da teoria procedimentalista.

Contudo, o que parece é que tais ressalvas não são suficientes para desconsiderar a coerência e o caminho pautado por Habermas, nem mesmo a relativização dos direitos sociais em relação aos políticos, já que aqueles não perderiam sua fundamentalidade e, tampouco, são colocados no canto dos direitos pela teoria procedimentalista. O acerto e coerência habermasiana estão naquilo apontado por Alexy (2009), isto é, na assertiva de Habermas de que no Estado pós-moderno de sociedades plurais e complexas, “numa época de política inteiramente secularizada, não se pode ter nem manter um Estado de direito sem democracia radical” (2003, p. 13).

2.2.3 – A Eficácia dos Direitos Fundamentais

A abertura deste capítulo com uma pequena digressão histórica sobre a evolução do constitucionalismo a partir das concepções teóricas e fatos históricos da Idade Média, não foi despropositada, já que tinha como objetivo demonstrar a mudança estrutural da sociedade e do comportamento do indivíduo, isto é, passando-se de uma sociedade orgânica, com padrões individuais previamente definidos e estáticos ao antropocentrismo/individualismo que

possibilitou o reconhecimento do valor do próprio homem.

O reconhecimento do indivíduo, então, como sujeito da história e de direito, ressaltou, com vigor, a necessidade, vislumbrada no constitucionalismo moderno, do estabelecimento de limites ao poder que impedisse a negação do indivíduo sujeito de direito, ou seja, o homem livre. A este homem livre, posteriormente, é agregado a concepção de homem igual, na força da condição própria de homem ou sua dignidade.

Neste contexto, a ideia dos direitos fundamentais como dignificadores da existência do homem. Num primeiro momento, estabelecendo limites à atuação do poder e, numa segunda etapa, impondo atuação deste mesmo poder na promoção do homem. Agora, os direitos fundamentais alcançam uma nova fase de entendimento teórico, ao projetar o indivíduo no exercício do próprio poder, delimitando seus direitos e garantias e o espaço de atuação do homem-político, o que exige sua compreensão tanto na perspectiva vertical clássica, como na horizontal. A mudança no olhar sobre os direitos fundamentais, entretanto, não lhe retira seu principal objetivo que é o projeto de emancipação do indivíduo.

A força emancipatória do discurso dos direitos humanos tem antes um alicerce na construção de uma cultura ou consciência de dignidade, de tolerância e de valor do homem, enquanto ser autônomo e como membro de uma sociedade. (SAMPALHO, 2004, p. 128).

A problemática da eficácia dos direitos fundamentais toma, no caso brasileiro, porém, rumo do mais complexo em razão do enunciado normativo do §1º do artigo 5º da Constituição Federal, que anuncia a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais. Antes de adentrar-se ao tema proposto, é interessante falar, mesmo que sucintamente, sobre o que significa a própria eficácia jurídica.

Ferraz Júnior, diferenciando eficácia da norma jurídica de sua validade e vigência, define-a como sendo:

Uma qualidade da norma que se refere à possibilidade de produção concreta de efeitos, porque estão presentes as condições fáticas exigíveis para sua observância, espontânea ou imposta, ou para a satisfação dos objetivos visados (efetividade ou eficácia social) ou porque estão presentes as condições técnico-normativas exigíveis para sua aplicação (eficácia técnica). (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 202)

Assim, como explica ainda Ferraz Júnior (1994, p. 197), a eficácia de uma norma jurídica está relacionada à sua condição em produzir efeitos, dependendo de certos requisitos, uns de natureza fática, outras de natureza técnico-normativa.

Os requisitos de natureza fática referem-se a sua efetividade (SARLET, 2009, p. 240),

isto é, à produção de efeitos concretos no mundo real, encontrando condições materiais suficientes para a realização como norma de seu enunciado normativo. Por outro lado, a eficácia normativa diz respeito a determinadas condições técnicas referentes à sua aplicabilidade, ou seja, sua “aptidão mais ou menos extensa para produzir efeitos” (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 199).

Em relação à vigência, Ferraz Júnior (1994, p. 202) aponta que tal característica diz respeito ao tempo de sua validade, quando entra em vigor até o momento em que é revogada. O que fica claro, então, é que para uma norma ter eficácia, isto é, produzir efeitos, é condição indispensável que esteja em vigência.

Esta conceituação e diferenciação entre vigência e eficácia e, quanto a esta última, entre eficácia social (efetividade) e eficácia jurídica, remete, ainda, ao direito no paradigma do positivismo e, ao que parece, não encontraria lugar na teoria procedimentalista de Habermas, na configuração do Estado Democrático de Direito, conforme se verá mais adiante. No entanto, a doutrina estampada em Ferraz Júnior (1994) é bastante difundida e tem óbvios reflexos na hermenêutica constitucional até os dias atuais, eis também serem as normas constitucionais jurídicas.

Cunhada, ainda, sob o paradigma do Estado Liberal de Direito, a doutrina de Ruy Barbosa (1933), lembrada por Sarlet (2009), cuja obra teve-se acesso direto, por influência expressa do constitucionalismo estadunidense, tornou-se clássica na doutrina constitucional brasileira com forte presença até meados da década de 1960, dividindo as normas constitucionais em dois tipos em relação à produção de efeitos.

Para Ruy Barbosa (1933, p. 488), então, as normas constitucionais poderiam ser auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis. As primeiras bastariam por si só para produzir efeitos, dispensando a intermediação de normas outras para sua eficácia, ou seja, “aquellas onde o direito instituído se ache armado por si mesmo, pela sua propria natureza, dos seus meios de execução e preservação” (BARBOSA, 1933, p. 488).

Já as do segundo tipo, normas não auto-aplicáveis seriam aquelas outras que, para a produção de seus efeitos, exigiriam a interposição de diferente norma pelo legislador infraconstitucional, pois, somente depois do aparecimento desta segunda norma é que a constitucional teria instrumento suficiente para produzir efeitos.

É ainda no velho mestre brasileiro que se retira lição essencial em relação à juridicidade dos dispositivos constitucionais, a servir de intróito à explicação da evolução da doutrina, “não há, numa Constituição, cláusulas, a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela

soberania nacional ou popular aos órgãos” (BARBOSA, 1933, p. 489).

De tal lição vem a certeza da normatividade da própria Constituição, conforme ressaltado por Canotilho e Moreira (1991, p. 49), não obstante a discussão sobre a eficácia de suas normas, sejam elas regras ou princípios, porém a permitir um salto em direção à observância obrigatória de seus comandos.

Esta concepção aprofunda-se com a mudança no paradigma constitucional quando o velho Estado Liberal dá lugar ao Estado Social de Direito, moldado pelos movimentos reivindicatórios sociais, principalmente, dos trabalhadores que, por sua vez, tinham sua pauta inspirada pelas promessas de igualdade material do socialismo.

O novo perfil que o constitucionalismo assume no âmbito do Estado Social, acresce à Constituição direitos que a concepção liberal ignorava ou simplesmente entendia como não merecedoras do respaldo constitucional, como os direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais (BONAVIDES, 2003, p. 233), sintetizando a “dialética dos interesses de grupos econômicos e sociais antagônicos” (PIMENTA, 1999, p. 21).

A nova realidade do constitucionalismo social não comportava mais a divisão das normas constitucionais em auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis, haja vista a exigência de uma ação positiva do Estado na prestação de serviços ou entrega de bens, consoante a promessa de uma sociedade mais igualitária. Neste contexto surgem as normas programáticas.

As normas programáticas “fixariam directivas aos órgãos legiferantes” (CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 50), isto é, as promessas do Estado Social ficariam reduzidas a meros programas a serem implementados posteriormente pelo legislador infraconstitucional, dotado de discricionariedade para decidir pelo momento da elaboração da nova lei, impossibilitando ou evitando a justiciabilidade de direitos por ventura previstos nestas normas.

Assim, as normas programáticas surgem desprovidas de eficácia, pois incapazes por si só de provocarem impacto na realidade social, colocando em xeque, desta forma, a própria juridicidade da Constituição construída ainda sob a doutrina liberal (BONAVIDES, 2003, p. 232).

Apesar da vacilante superação da doutrina da ineficácia das normas programáticas até os dias atuais, pode-se tomar posição neste trabalho, que também elas, justamente por serem normas jurídicas, são, sim, eficazes, quer porque previstas em uma Constituição que, por sua vez, não é despida de normatividade, quer porque neguem constitucionalidade as normas infraconstitucionais contrárias, quer porque obriguem o legislador materialmente, quer porque delas também decorram direitos subjetivos ao cidadão (PIMENTA, 1999).

Rompendo com a classificação tradicional da doutrina brasileira, José Afonso da Silva (2007) torna pública na década de 1960, sua classificação tripartite que influenciará o constitucionalismo brasileiro nas gerações seguintes. Ressalta, porém, que, independentemente das características que foram descritas, todas as normas constitucionais são eficazes.

Temos que partir, aqui, daquela premissa já tantas vezes enunciada: não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada. (SILVA, 2007, p. 81)

Para Silva (2007, p. 82), as normas constitucionais em relação a eficácia, seriam divididas em três categorias: (i) de eficácia plena; (ii) de eficácia contida e, (iii) de eficácia limitada ou reduzida. Pelas palavras do próprio autor, a definição de cada uma das categorias.

Pode-se dizer que as normas de eficácia plena sejam de aplicabilidade direta, imediata e integral sobre os interesses objeto de sua regulamentação jurídica, enquanto as normas de eficácia limitada são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia, conquanto tenham uma incidência reduzida e surtam outros efeitos não-essenciais, ou, melhor, não dirigidos aos valores-fins da norma, mas apenas a certos valores-meios e condicionantes, como melhor se esclarecerá depois. As normas de eficácia contida também são de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, porque sujeitas a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade. (SILVA, 2007, p. 83)

Interessante notar, como é registrado por Sarlet (2009, p. 251) ao fazer uma descrição da evolução da doutrina constitucional brasileira quanto à eficácia das normas constitucionais, desde Ruy Barbosa até os dias de hoje, é que “todos os autores citados partem da premissa de que inexistem normas constitucionais completamente destituídas de eficácia”. Complementando, ainda, que as normas constitucionais seriam, então, divididas em dois grandes grupos, as que gerem seus efeitos imediatamente e as que necessitam da intervenção do legislador ordinário para gerarem seus principais efeitos (SARLET, 2009, p. 251).

O próprio Sarlet apresenta sua classificação binária, já que argumenta pela composição das normas constitucionais em dois grupos, conforme a capacidade de gerar efeitos que relaciona com o que chama de densidade normativa.

Em face do exposto, pode falar-se em normas constitucionais de alta densidade normativa, que, dotadas de suficiente normatividade, se encontram aptas a, diretamente e sem a intervenção do legislador ordinário, gerar os seus efeitos essenciais (independentemente de uma ulterior restringibilidade), bem como em

normas constitucionais de baixa densidade normativa, que não possuem normatividade suficiente para – de forma direta e sem uma *interpositio legislatoris* – gerar seus efeitos principais, ressaltando-se que, em virtude de uma normatividade mínima (presente em todas as normas constitucionais), sempre apresentam certo grau de eficácia jurídica. (SARLET, 2009, p. 251/252)

Na realidade, apoiando-se nas referências doutrinárias citadas, todas as normas constitucionais são dotadas de suficiente normatividade para produção de efeitos, isto é, a própria eficácia, sendo descabido falar-se em densidade normativa etc., bem como limites à eficácia da norma. Ora, o que vai condicionar a aplicação da norma são, justamente, os elementos do caso concreto, inclusive para determinar qual norma deverá ser aplicada.

A discussão sobre a eficácia das normas constitucionais tem óbvias implicações quanto aos direitos fundamentais, já que também positivados na Constituição. No entanto, o debate em torno da eficácia da norma de direito fundamental toma contornos graves, haja vista a sua importância para o constitucionalismo no âmbito de uma sociedade complexa e plural, principalmente em relação ao projeto de construção de uma comunidade de indivíduos livres e iguais.

A questão da eficácia da norma de direitos fundamentais, quer vertical quer horizontal, trás consigo a controvérsia do conteúdo e limitações do próprio direito fundamental, principalmente quando se tem na pauta o enunciado do §1º do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Tal dispositivo já é, por si só, suficientemente controverso para que se possa desfilar posições definitivas. Contudo, a postura assumida neste trabalho, com o que se deve ser coerente, é a de que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia. Sendo assim, não se pode relegar a segundo plano ou, simplesmente, por voluntarismo, rejeitar a norma que se extrai da Constituição Federal quando esta determina a aplicação imediata das normas definidoras de direitos fundamentais.

Desta forma, algumas questões se apresentam importante para o desenvolvimento deste tópico, tais como: qual o conteúdo e extensão da norma contida no dispositivo do §1º do art. 5º, CF? O conteúdo da norma de direito fundamental pode ser definido “a priori”? Qual sua extensão em relação à eficácia? Existem limitações à norma de direitos fundamentais?

À toda evidência, a classificação geracional em razão da taxação estática e inflexível dos direitos fundamentais, perdeu espaço para outra que leva em consideração a sua função precípua, ou seja, direitos fundamentais de defesa e direitos fundamentais prestacionais, conforme amplamente utilizada por Sarlet (2009). A divisão dos direitos fundamentais nestes dois grandes grupos permite concluir, a partir da delimitação de seu conteúdo, qual o

resultado esperado de cada direito fundamental, ressalvando-se não se pretender uma simples instrumentalização daquele.

Assim, os direitos fundamentais de defesa relacionam-se à clássica ideia liberal de construir em torno do indivíduo um muro protetor de sua autonomia privada contra o Estado. Por outro lado, os direitos fundamentais prestacionais, no âmbito da socialização das oportunidades materiais de vida, direcionam a uma ação positiva do Estado em suprir as carências do indivíduo permitindo-o, portanto, ressaltar sua autonomia em igualdade de condições com os demais integrantes do corpo social.

No entanto, a descrição das funções destes dois grandes grupos de direitos fundamentais seria falsa ou, no mínimo, incompleta, desconsiderando-se que cada um destes direitos fundamentais carrega consigo elementos do grupo diverso ao qual se encontra classificado, isto é, “todos os direitos fundamentais possuem uma dimensão negativa e uma prestacional” (CRUZ, 2007, p. 335). A liberdade em geral, por exemplo, somente pode ser efetivamente fruída considerando a prestação pelo Estado de um sistema eficaz de segurança pública. Ambos envolvem, afinal, custos financeiros para sua efetivação.

Esta classificação (em direitos de defesa e prestacionais) acaba por causar tormento ao entendimento da norma do §1º do art. 5º, CF, quando determina a aplicação imediata das normas de direitos fundamentais, isto é, as normas que os definem são plenamente eficazes. Porém, é bom esclarecer a primeira questão que se apresenta, qual seja: esta norma diz respeito tanto aos direitos de defesa quanto aos direitos à prestação?

Em relação à justicialidade dos direitos fundamentais de defesa, o que se relaciona ao próprio problema de eficácia de suas normas, tradicionalmente sempre gozaram do entendimento de que eram imediatamente aplicáveis com força suficiente para impactar o conjunto social. Explicação óbvia para tanto seria em decorrência de seu surgimento histórico, isto é, os assim chamados direitos de primeira geração seriam oriundos dos movimentos revolucionários da burguesia do século XVIII, inaugurando, assim, o constitucionalismo moderno. Exigia-se por ressaltar a necessidade de proteção do indivíduo frente ao Estado, a eficácia dos direitos fundamentais, sob pena de todo o novo ordenamento jurídico-constitucional não ter fundamento algum. Ademais, como exigiriam apenas a abstenção do agir estatal, não importariam em qualquer custo que impedisse sua implementação.

Já os direitos fundamentais prestacionais, teriam surgido juntamente com o Estado Social de Direito e sua promessa de uma sociedade mais igualitária materialmente, justamente sobre os escombros do Estado Liberal. Entretanto, esses direitos fundamentais exigiriam uma postura ativa do Estado para entregar aos indivíduos seus direitos. Nesta caso, demandar-se-ia

uma estrutura estatal específica, o que condicionaria a própria eficácia dos direitos fundamentais prestacionais. Assim, a doutrina por muito tempo, inclusive, atualmente, manifestou-se fazendo grave diferenciação entorno da eficácia dos direitos fundamentais quando observados quais seus campos de incidência.

Após tais considerações, é importante notar que o enunciado normativo do §1º do art. 5º, CF, não faz qualquer ressalva ou diferenciação entre normas de direitos fundamentais de defesa ou prestacionais. Como o texto é o ponto de partida do complexo processo interpretativo, poder-se-ia afirmar de antemão, que a norma colimada deste processo também não faria diferenciação quanto aos grupos classificatórios dos direitos fundamentais, sendo esta a conclusão de Sarlet (2009, p. 262).

Sarlet reforça a conclusão a que chegou, analisando a restrição prevista na Constituição portuguesa em comparação com a brasileira, pois, conforme ele, “a nossa Constituição não estabeleceu distinção desta natureza entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, encontrando-se todas as categorias de direitos fundamentais sujeitas, em princípio, ao mesmo regime jurídico” (2009, p. 263).

Cumprir destacar ainda, a exemplo de Sarlet (2009, p. 263), que em razão da abertura da Constituição Federal a outros direitos fundamentais não previstos em seu texto, nos termos do §2º do art. 5º, CF, seriam, também, de aplicação imediata.

Permanece, porém, o problema quanto à extensão da norma do §1º do art. 5º, CF, isto é, até onde teria alcance eficaz. A resposta não se apresenta de imediato, haja vista que, fiel ao marco teórico deste trabalho, somente poderia ser definido por uma construção discursiva, conforme o caso concreto que se apresente, a partir do debate intersubjetivo entre os sujeitos de direito. No entanto, alguns limites “a priori” podem ser apontados por construção da própria Constituição Federal caso a previsão de reserva legal em relação a determinado direito fundamental, ou ela própria não comporte no conteúdo de determinado direito certa proteção, isto é, ela já limitaria tal direito fundamental.

No caso da reserva legal, a eficácia dos direitos fundamentais podem ser restringidos por obra do legislador infraconstitucional a partir de expressa previsão do texto constitucional. Exemplos não faltam, como o descrito no inciso LI do art. 5º, CF, que autoriza, na forma da lei, a extradição de brasileiro naturalizado no caso de crimes comuns anteriores à naturalização ou envolvimento em tráfico de drogas. Ou a restrição estabelecida no inciso XIII do mesmo artigo ao livre exercício profissional, conforme requisitos previstos em legislação comum para tal fim. Fora os casos expressamente consignados na Constituição Federal, não parece viável autorizar-se o legislador ordinário a limitar a eficácia de qualquer

direito fundamental.

Por outro lado, ao visualizar-se a liberdade de religião descrita no inciso VI do art. 5º, CF, a eficácia da norma que dali se extrairia não poderia comportar o sacrifício humano porque, caso contrário, estar-se-ia permitindo o esvaziamento do conteúdo de outra norma, que é o direito fundamental à vida. Da mesma forma, a Constituição Federal no inciso XVII do art. 5º, CF, anuncia a plena liberdade de associação, restringindo a eficácia da norma, expressamente, em duas situações: associação para fins ilícitos e associação para fins paramilitares.

Como exposto no item anterior, para Habermas (2003) os direitos fundamentais vem cumprir um importante papel que é possibilitar aos sujeitos de direito, além de serem destinatários da norma (direito) também os seus autores, condição essencial ao Estado Democrático de Direito, na perspectiva do que chama de “democracia radical”, cujo pressuposto é a existência do Estado laico, de política secularizada. Daí decorre a noção de eficácia dos direitos fundamentais no marco teórico do procedimentalismo discursivo, porque, conforme Cruz (2007, p. 339), na ideia habermasiana, a proteção de um direito individual não se resume ao seu titular, pois pela infração dos direitos de um indivíduo, sofre toda a sociedade, nisto residindo a equipromordialidade entre a autonomia pública e a autonomia privada.

Tal se dá porque a sociedade se mostra heterogênea, complexa, plural e, por isto, necessariamente democrática, já que imprescindível a compreensão e a tolerância em relação à diferença do outro por cada um dos integrantes da própria sociedade, repleta de valores e padrões de vida dos mais variados, o que reforça a autonomia de cada um dos indivíduos.

Diferentemente da modernidade, é possível apreender as sociedades tradicionais, enquanto coletividades ‘naturais’, como um todo homogêneo, pois ainda que seja possível analisá-las a partir de um ponto de vista específico – religião, política, economia – todas estas noções se entrelaçam de tal forma que constituem uma realidade única, orgânica e integrada. O consenso aqui se confunde com a dimensão ‘natural’ do agrupamento social. A sociedade democrática contemporânea não pode ser apreendida desta forma. A multiplicidade de valores culturais, visões religiosas de mundo, compromissos morais, concepções sobre a vida digna, enfim, isso que designamos por pluralismo, a configura de tal maneira que não nos resta outra alternativa senão buscar o consenso em meio da heterogeneidade, do conflito e da diferença. (CITTADINO, 1999, p. 77 e 78)

Inegavelmente, Habermas (2003) privilegia os direitos políticos na construção de sua teoria. Porém, tal destaque não tem o condão de descartar as outras dimensões ou gerações de direitos fundamentais ou colocá-las em segundo plano, provocando a perda da característica da fundamentalidade. Na realidade, os direitos fundamentais sociais são relevantes de forma a

permitir os próprios direitos políticos.

Ora, na construção teórica de Habermas, cujo objetivo final é a democracia radical, os “direitos fundamentais ajudam a compor a essência de um sistema jurídico que pretenda legitimamente estabilizar as expectativas sociais de comportamento” (CRUZ, 2007, p. 354), num contexto no qual a autonomia pública e a autonomia privada se complementam e se aperfeiçoam mutuamente, uma sendo a engrenagem da outra, considerando uma sociedade plural, complexa e laica, cuja respostas às suas pretensões não pertençam mais à metafísica.

A legitimidade do direito posto decorre da ampla participação dos componentes da sociedade ao mesmo tempo como autores e destinatários da lei, mas, para isto, a exigência do respeito integral, por isto eficaz, dos direitos fundamentais nas cinco categorias apontadas por Habermas (2003), pois, “a garantia dos direitos fundamentais, no duplo sentido de direitos individuais e de direitos de participação política, envolve, assim, compreendê-los como garantias constitutivas do próprio processo democrático” (OLIVEIRA, 2007, p. 109). Por isto a hipótese da vedação, por exemplo, de uma religião que patrocinasse o sacrifício humano ou outra situação que impedisse a liberdade de expressão.

Para tanto, porém, exige-se de que todos estejam em condições de igualdade de participação, isto é, tenham igualdade em oportunidade de participar do debate público, mas, também condições como iguais. Disto a importância dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, disseminando a educação e cultura, estabelecendo condições dignas de vida aos indivíduos da sociedade, para que suas condições materiais não os impeçam de participar como membros de uma comunidade de pessoas livres e iguais nas decisões sobre seus próprios destinos.

Conforme Oliveira:

Esses poderes sociais e econômicos devem ser, também, domesticados pelos princípios do Estado Democrático de Direito, através da garantia de igualdade de oportunidades, sociais, econômicas e culturais, de acesso ao processo de formação do poder político-estatal e da permanente redefinição pública do público e do privado, através do reconhecimento de *novos* direitos fundamentais na abertura constitucional a um processo público e plural da interpretação jurídica. (OLIVEIRA, 2007, p. 111)

Na ótica da teoria habermasiana, a eficácia das normas de direitos fundamentais é uma consequência do próprio princípio democrático, se se quer um Estado Democrático de Direito. Os direitos fundamentais são como a fundação de um prédio em construção e suas vigas de sustentação. Sem o respeito a estes elementos todo o prédio desaba. Assim é em relação aos direitos fundamentais, sem o respeito a eles, que aqui se confunde com sua eficácia, a

democracia é apenas um arremedo de uma hipótese traduzida numa obrigação de votar periodicamente.

Contudo, pode-se questionar sobre a eficácia das normas de direitos fundamentais nos próprios exemplos aqui apontados, como a liberdade de religião e associação ou, ainda, a liberdade de manifestação, quando a própria Constituição parece delimitar o conteúdo ou destinar à legislação infraconstitucional tal missão. Neste caso, não há, propriamente, limitação do conteúdo ou sua definição “a priori”, mas, tão somente, a colocação de certas situações fáticas fora do alcance da norma, sendo a própria negação do direito fundamental.

Ademais, somente a reconstrução do conteúdo através das interações intersubjetivas dos sujeitos do direito, no âmbito do princípio do discurso e, diante dos detalhes do caso concreto, é que se poderá apontar o raio de eficácia da norma de direito fundamental, haja vista a definição de seu próprio conteúdo.

Assim, a eficácia das normas de direitos fundamentais é algo que se impõe pela sua importância na teoria procedimentalista de Jürgen Habermas, como pressuposto de validade do próprio princípio democrático, no âmbito da discursividade de realização e concretização do direito no regime democrático.

2.4 – O Estado Democrático de Direito

2.4.1 – Considerações iniciais: democracia

A democracia moderna nasce com o constitucionalismo surgido das revoluções liberais do século XVIII, sendo que a formação que a caracteriza até os dias de hoje, veio no esteio do liberalismo que se impunha naquele momento, conforme Bobbio (2002, p. 32). Obviamente, a realidade exigiu da democracia reformulação permanente, que forçou ao abandono de muitas das premissas iniciais, mas manteve e aprimorou um, qual seja, o controle do poder a partir do indivíduo.

Em Ciências Políticas, com reflexos no direito, democracia sempre designou uma das diversas formas de governo na qual se poderia estruturar o poder, especificamente, porém, seria o governo exercido pelo povo, que deteria o poder político (BOBBIO, 2009, p. 135).

As revoluções liberais motivadas ou orientadas pela filosofia iluminista, provocaram

uma profunda reformulação nas teorias do Estado e do exercício do poder, além de estruturar uma concepção de sociedade destacada da própria existência do Estado. Esta orientação coincidia com os anseios da classe burguesa detentora do poder econômico e que se alçava, assim, ao poder político, como já tratado anteriormente nesta dissertação.

A estrutura social, pela postura revolucionária, elevava o indivíduo a uma condição ímpar não conhecida na história, dando a ele dignidade como ser único e especial, independente de sua colocação nas camadas sociais. Rompia-se, desta forma, com o padrão orgânico de vida desde a Antiguidade Clássica e, especialmente, marcante na Idade Média feudal.

A democracia nasceu de uma concepção individualista da sociedade, isto é, da concepção para a qual – contrariamente à concepção orgânica, dominante na idade antiga e na idade média, segundo a qual o todo precede as partes – a sociedade, qualquer forma de sociedade, e especialmente a sociedade política, é um produto artificial da vontade dos indivíduos. (BOBBIO, 2002, p. 34)

Ocorreu, assim, um deslocamento do poder, antes justificado no plano da metafísica de onde tirava sua legitimidade, pairando sobre a cabeça dos reis absolutistas, para repousar sobre o povo, quem, ao invés do príncipe, era declarado soberano (BOBBIO, 2002, p. 36). Desta vez, a justificativa, ao sabor do individualismo inaugurado pelo liberalismo, tirava sua força no racionalismo iluminista.

A sociedade burguesa que se erguia, inegavelmente revolucionária, pois inaugurava uma nova forma de relação do poder, principalmente no trato do indivíduo com o Estado, pautava-se sobre um princípio que lhe era bastante caro: o da liberdade (BOBBIO, 2002, p. 38).

O mote da liberdade era a autodeterminação do indivíduo, principalmente, em face do Estado. Para isto, foram erguidas diversas barreiras a impedir a intromissão estatal em assuntos privados, numa construção teórica cujo conjunto deu origem aos direitos fundamentais de defesa. Contudo, a estrutura desta liberdade dava-se no plano formal ou meramente abstrato, promovendo, também, a igualdade de todos diante da lei.

A evolução do capitalismo como sistema econômico da afirmação burguesa no ambiente liberal do século XIX, apesar do avanço jurídico da liberdade, aprofundou a diferença de classes, opondo a classe dominante, vitoriosa das revoluções, à classe oprimida, dos trabalhadores, cujo surgimento deu-se em razão da revolução industrial.

Esta diferença de classes colocava em dúvida a liberdade como declamada, haja vista as distorções provocadas pela exclusão social e, assim, viciando a democracia liberal,

conforme sua estruturação inicial, principalmente pelo voto censitário em vigor à época. De resto, os alicerces teóricos da democracia ficavam comprometidos, eis que “o cerne da ideia democrática encontra-se, classicamente, na soberania do povo, entendida como expressão da vontade majoritária” (COMPARATO, 1989, p. 9).

A condição social da sociedade, isto é, o aprofundamento das desigualdades socioeconômicas, com a elevação de parcelas consideráveis da população à miserabilidade tem efeitos concretos sobre a correção do funcionamento da democracia, haja vista a condição pessoal do indivíduo que participa do processo político afetar suas escolhas. Neste sentido, a diferença entre as liberdades formais, típicas da sociedade liberal, para as liberdades reais, a partir da construção teórica do marxismo no século XIX, conforme Comparato:

A distinção entre liberdades formais e liberdades reais ou materiais tem sido uma constante do pensamento político, desde o século passado. Reduzida à sua expressão mais simples, ela diz respeito ao fato de que toda uma série de direitos individuais, consagrados na Constituição, tanto os civis – como o direito de propriedade privada, o direito à liberdade de locomoção, à liberdade de expressão do pensamento, à liberdade de exercício profissional – quanto os políticos – direito de votar e ser votado – supõem, para a sua existência efetiva, o concurso de condições econômicas e sociais bem definidas: alimentação, saúde, instrução, rendimentos mínimos garantidos. Onde faltem, largamente, essas exigências preliminares, aqueles direitos constituirão um luxo do qual apenas usufruem os *beati possidentes*. (COMPARATO, 1989, p. 15)

Hesse (1998, p. 118) ressalta que “o princípio democrático é o princípio diretivo da ordem do processo político, no qual poder estatal é criado e no qual poder estatal torna-se eficaz”. E é justamente neste processo político que as decisões são tomadas, dissipando-se, assim, as tensões surgidas de interesses sociais conflitantes. Neste ponto, interessante a condição necessária ao processo democrático, como um processo conflituoso, conforme comenta Hesse, o que é de especial importância em sociedades pós-modernas, caracterizadas pela variedade de projetos de vidas:

Esta não pode partir de uma vontade do povo uniforme, como pressuposto de um autogoverno do povo, senão somente de seu pressuposto fundamental real: da diferença e divergência de opiniões, interesses, direções de vontade e aspirações e, com isso, da existência de conflitos dentro do povo. Daqui a norma, que todo poder estatal emana do povo, não simula uma unidade de vontade do povo, senão ela pressupõe aquela multiplicidade e divergência, que torna necessária sempre de novo a produção da unidade política como condição do nascimento e atividade do poder estatal. (HESSE, 1998, p. 120).

Esta passagem obriga a retornar à diferença apontada por Comparato (1989, p. 15) entre liberdades formais e liberdades reais, quando Hesse (1998, p. 120) complementando seu

raciocínio deixa muito claro que o processo político democrático, livre e aberto, exige a participação de “todo o povo, não de uma camada ‘sustentadora do Estado’, compreenda ela a maioria ou somente a minoria do povo”, ressaltando que “ (...) todos os membros do povo gozam dos mesmos direitos politicamente; todos devem ter a oportunidade realmente igual de se realizar em colaboração organizada conforme as regras da Constituição (...)”. Não há, desta forma, como não compreender que a oportunidade realmente igual de participar do processo político não leve em consideração a condição material de existência do indivíduo.

Neste sentido, é a descrição para Bobbio do que chama de democracia substancial:

(...) a linguagem política moderna conhece também o significado de democracia como regime caracterizado pelos fins ou valores em direção aos quais um determinado grupo político tende e opera. O princípio destes fins ou valores, adotado para distinguir não mais apenas formalmente mas também conteudisticamente um regime democrático de um regime não democrático, é a igualdade, não a igualdade jurídica introduzida nas Constituições liberais mesmo quando estas não eram formalmente democráticas, mas a igualdade social e econômica (ao menos em parte). (BOBBIO, 2009, p. 157)

Se é verdade que a democracia sempre se caracterizou como uma forma de usar o poder, tanto mais o é como meio eficaz de se limitar o uso do poder, o que importa no reconhecimento da relação direta da condição social em que se encontra a própria sociedade. Tal pensamento está intimamente ligado à estrutura da democracia em sua forma originária, ou seja, governo do povo. As reais possibilidades de poder levam em consideração as reais condições materiais de existência, haja vista a melhor ou pior participação nos processos decisórios a partir de uma condição material de existência do indivíduo.

Tanto em Bobbio (2002, p. 30) quanto em Hesse (1998, p. 122), pode-se encontrar uma caracterização mínima coincidente de que a democracia seria a canalização do exercício e limitação do poder a partir de um processo político sedimentado em regras procedimentais pré-estabelecidas e, por isto, racionalizadas, destinado a fazer escolhas vinculatórias a toda sociedade, mormente as decisões pautarem-se pelo princípio da democracia.

Neste aspecto, o jogo duplo da democracia faz-se presente, pois, ao mesmo tempo que tem em seu fundamento o princípio da liberdade, pressuposto da autonomia da singularidade individual, também é forma de imposição, ou dominação, da vontade de um grupo majoritário, não necessariamente estático e permanente, quanto mais se pensa em uma sociedade complexa e plural, que vai estabelecer regras por decisão de maioria a todo o grupo social. Por isto, a democracia faz poder e limita poder.

Além da necessidade da equiparação das liberdades formais e liberdades reais, que

nada mais é senão a igualdade material, a democracia encara grandes desafios à sua permanência como forma de exercício do poder. Bobbio (2002, p. 9), apesar de afirmar a possibilidade de a época atual poder ser chamada como a Era das Democracias, destaca alguns pontos não coincidentes entre a teoria democrática e a democracia real, que podem representar riscos à democracia.

Para o autor italiano:

Todas são situações a partir das quais não pode falar precisamente de “degeneração” da democracia, mas sim de adaptação natural dos princípios abstratos à realidade ou de inevitável contaminação da teoria quando forçada a submeter-se às exigências da prática. (BOBBIO, 2002, p. 20)

Estas situações, como a sobrevivência do poder invisível, em contraste com a exigência de publicidade das decisões, a permanência das oligarquias no poder a por em risco a participação popular, bem como, entre outros, o cidadão não-educado, isto é, a falta de educação do indivíduo para o exercício da cidadania, que significa muito mais do que votar e ser votado, seriam para Bobbio (2002, p. 20) as que mais colocariam em risco o futuro da democracia, a qual poderia resumir-se a simples alternância de elites no poder.

No entanto, apesar dos riscos, sua sobrevivência vem, justamente, de sua flexibilidade diante de obstáculos, sendo uma vazão às tensões e conflitos sociais, pelo procedimento estabelecido em regras firmes (HESSE, 1998, p. 122) para decisões vinculatórias, respeitados os limites constitucionais, principalmente, os direitos fundamentais individuais, possibilitando a todo o grupo social, assim, exercer e, ao mesmo tempo, limitar o poder.

2.4.2 – O Estado Democrático de Direito na Teoria Procedimentalista de Jürgen Habermas

A teoria procedimentalista do direito de Jürgen Habermas (2003) propõe engendrar um novo modelo estatal compreendendo a necessidade de reconhecimento de uma sociedade pós-moderna, plural e complexa, para qual a concepção de poder não se justifica mais em estruturas metafísicas ou puramente religiosas, haja vista o desenvolvimento de diversas visões de mundo a embalar diferentes projetos de felicidade.

Assim, para Habermas (2003) o direito se apresenta de forma distinta às concepções

de direito dos modelos liberais e republicanos, ao introduzir em sua elaboração o princípio do discurso base da proposta procedimentalista de democracia, cujo efeito imediato é o paradigma do Estado Democrático de Direito. Por aquela proposição, válidas seriam somente as normas que pudessem ser aceitas por todos os cidadãos atingidos, pela suposição de sua participação discursiva racional na elaboração daquelas normas. Nas palavras de Habermas (2003, p. 199), “o princípio do discurso submete a validade de qualquer tipo de norma de ação ao assentimento daqueles que, na qualidade de atingidos, toma parte em ‘discursos racionais’”.

Ao Estado agrega-se a necessidade de justificação do direito por um procedimento discursivo-deliberativo a canalizar as tensões sociais típicas de sociedades pós-modernas, plurais e complexas, que não mais aceitam imposições de legitimidade do direito em racionalidades dadas, metafísica ou religiosa.

O Estado Democrático de Direito parte da pressuposição de que o princípio do discurso é fonte essencial para a elaboração normativa legítima em colaboração co-originária com um sistema de direitos fundamentais a garantir a liberdade dos indivíduos na participação do procedimento discursivo. Conforme Günther:

Todavia o Estado Democrático de Direito não é uma realização direta deste princípio discursivo. Resulta, antes, de um entrelaçamento do princípio discursivo com a forma jurídica. Esta forma jurídica já contém o direito subjetivo à liberdade de ação. Ao se intrincarem o princípio discursivo e a forma jurídica, é gerado um sistema de direitos composto dos direitos subjetivos essenciais à liberdade de ação (inclusive garantia da via judicial), à participação política e à participação social. Com o direito à participação política institucionaliza-se um procedimento deliberativo-democrático, o qual concretiza o sistema dos direitos, dado primeiramente tão-somente de modo abstrato, em direitos humanos e fundamentais. (GÜNTHER, 2009, p. 219)

O modelo estatal habermasiano diferencia-se dos modelos de Estado de viés liberal ou republicano, apesar de contar com elementos destes, como se passará a desenvolver neste tópico, deixando claro, ainda, que “a tarefa do Estado de direito democrático consiste, não apenas em distribuir equilibradamente o poder político, mas também em despi-lo de suas formas de violência através da racionalização” (HABERMAS, 2003, p. 235).

O paradigma do liberalismo, firmado com as revoluções liberais do século XVIII, tem como pressuposição a construção de um sistema jurídico capaz de capturar e controlar o poder político, de forma que o indivíduo ficasse a salvo das investidas do poder (no caso, do Estado) em sua órbita na qual girava sua autonomia, assim, o “pensamento liberal tem na mira o seguinte alvo: proteger a liberdade do indivíduo enquanto cidadão da sociedade (*Gesellschaftsbürger*). O núcleo de uma constituição liberal reside na garantia de liberdades

subjetivas iguais para todos” (HABERMAS, 2007, p. 301).

No modelo liberal, a política é realizada na direção da reunião de interesses concorrentes, como em um mercado, saindo-se vencedor aquele que reunir melhores condições de derrotar os interesses adversários. Fica claro que a vontade anunciada neste jogo de vitoriosos e derrotados, jamais poderá se homogênea, sendo que a legitimidade do direito que daí surgir, será afiançada na necessidade de dar a cada um aquilo que é seu.

Do modelo liberal de se realizar a política, emerge uma divisão estática entre sociedade e Estado, justamente, pela conformação negativa dos direitos fundamentais dos indivíduos. Ao contrário, no modelo republicano, “política é concebida como a forma em que se reflete a vida ética real, isto é, como o meio pelo qual os membros de comunidades de certo modo solitárias se tornam conscientes de que dependem uns dos outros” (HABERMAS, 1995, p. 106)

Neste caso, os direitos fundamentais dos cidadãos não se pautam por um sistema de defesa em relação ao poder, mas seriam liberdades positivas no sentido de participação numa comunidade de pessoas livres e iguais na elaboração legislativa institucionalizada do próprio Estado, conforme a finalidade ético-política objetiva daquela comunidade, isto é, “(...) a formação política da vontade e da opinião dos cidadãos cria o meio através do qual a sociedade se constitui como uma totalidade política, onde não faz sentido distinguir-se Estado e sociedade (...)” (OLIVEIRA, 2007, p. 35).

Assim como nas definições de Bobbio (2002) e Hesse (1998) de democracia, ressalta-se na obra de Habermas (2003) a preocupação com o poder. Contudo, diferentemente daqueles dois, em Habermas o poder não é algo que possa ser analisado externamente ao direito, conquistado e usufruído ao bel-prazer daquele que o detém, ou seja, poder instrumentalizado para a dominação em benefício dos interesses do conquistador.

A afirmação do Estado de Direito teve como motivação o controle do poder que somente poderia ser exercitado conforme a lei. Desta forma, o poder precisava do direito para legitimar-se e este somente apresentar-se-ia forte para fazer-se cumprir, pelo poder, isto é, “na base de um contrato de dominação, constitui-se então um poder do Estado, segundo o esquema: a vontade soberana assume funções de legislação, revestindo suas manifestações imperativas com a forma do direito” (HABERMAS, 2003, p. 175).

Contudo, a forma de estruturar o poder no Estado de Direito, ainda se apresentava como uma substituição clara do sistema do antigo regime: um poder decisório de mando apesar de que pautado na lei (HABERMAS, 2003, p. 175), não deixando dúvidas de que as condições de consolidação do poder sobre uma base tradicional de apropriação e uso,

justificado na metafísica ou religião nas quais o poder estatal se firmou, continuavam mesmo que submersa na legalidade (HABERMAS, 2003, p. 176), de onde retirava, então, sua legitimidade.

A modernidade deixou para trás as formas tradicionais de apropriação e utilização do poder, pois “a cosmovisão religiosa obrigatória decompôs-se em forças de fé subjetivas, fazendo com que o direito perdesse sua indisponibilidade e a dignidade metafísica” (HABERMAS, 2003, p. 185).

Nisto a proposta discursiva do direito capaz de legitimá-lo ao abrir-lhe a produção ao corpo de cidadãos, no âmbito do agir comunicativo, canalizando as pretensões individuais em um procedimento discursivo-democrático, isto porque a secularização da sociedade, livre daquela religiosidade objetiva, exige um direito que não mais pode justificar-se apenas como instrumento do poder, devendo alcançar uma forma legítima de produção somente possível numa “democracia radical” (HABERMAS, 2003, p. 13).

Assim, conforme Habermas:

A partir daí, não há mais lugar para a tarefa clássica de encontrar um substituto para a justiça do direito natural que se legitima a si mesmo – um substituto do qual o poder meramente fático poderia extrair a autoridade de um poder dominante, revestido de força legítima. (HABERMAS, 2003, p. 185)

Por isto a ênfase de Habermas (2003, p. 185) no conceito de autonomia pública onde o exercício das liberdades políticas, protegidas no âmbito de um sistema de defesa de direito subjetivos a realçar a autonomia privada dos cidadãos, estes poderiam num esquema racional de argumentos e contra-argumentos decidirem pela melhor solução, traduzida na lei, para as regras de convivência. Daí a legitimidade do direito.

Pela autonomia pública, “(...) os cidadãos associados estatuem direito legítimo ao formar um poder comunicativo e como eles asseguram juridicamente tal prática, a saber, o exercício de sua autonomia política” (HABERMAS, 2003, p. 188). O poder, desta forma, não é mais algo alcançável, senão algo construído pelo poder comunicativo dos cidadãos associados. Ele não está materialmente disponível, mas potencialmente, surgindo conforme as elaborações intersubjetivamente construídas pelos cidadãos na busca de soluções coletivamente vinculatórias. A cada vez que é utilizado, necessariamente ele se dissipa até surgir novamente em outra situação.

O poder, assim, se constitui em um código a orientar as formas de decisão vinculantes, transformando-se, com o auxílio do direito, em poder administrativo, ou seja, o próprio

Estado.

A constituição de um código do poder significa que um sistema administrativo se orienta por autorizações que permitem decisões coletivamente obrigatórias. Por isso, sugiro que se considere o direito como um *medium* através do qual o poder comunicativo se transforma em poder administrativo. Pois a transmutação do poder comunicativo em administrativo tem o sentido de uma procuração no quadro de permissões legais. (HABERMAS, 2003, p. 190)

A abertura do sistema administrativo de poder ao amplo debate público para a elaboração normativa consubstancia-se, então, no princípio do discurso, permitindo sua aceitação por todos.

(...) o princípio do discurso tem inicialmente o sentido cognitivo de filtrar contribuições e temas, argumentos e informações, de tal modo que os resultados obtidos por este caminho tem a seu favor a suposição da aceitabilidade racional: o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito. (HABERMAS, 2003, p. 191)

Portanto, o Estado Democrático de Direito vai se concretizar na organização política constituída conforme o direito legitimamente instituído, a partir do poder comunicativo dos cidadãos na realização da autonomia pública possibilitados pela autonomia privada, de acordo com o princípio do discurso no âmbito do procedimento democrático.

E mais, a democracia exige a sua constante renovação, conforme Habermas,

Por isto, é possível desenvolver a idéia do Estado de direito com o auxílio de princípios segundo os quais o direito legítimo é produzido a partir do poder comunicativo e este último é novamente transformado em poder administrativo pelo caminho do direito legitimamente normatizado. (HABERMAS, 2003, p. 212)

Ademais, a autonomia pública ressalta velha máxima de que “todo o poder vem do povo”, pois:

Na linha da teoria do discurso, o princípio da soberania do povo significa que todo o poder político é deduzido do poder comunicativo dos cidadãos. O exercício do poder político orienta-se e se legitima pelas leis que os cidadãos criam para si mesmos numa formação da opinião e da vontade estruturada discursivamente. Quando se considera essa prática como um processo destinado a resolver problemas, descobre-se que ela deve a sua força legitimadora a um processo democrático destinado a garantir um tratamento racional de questões políticas. (HABERMAS, 2003, p. 213)

Por outro lado, a exigência de que as decisões vinculatórias a todos os integrantes da sociedade não podem, sob pena de incoerência jurídica ou invalidade, desrespeitar os sistema de direitos fundamentais, pois são estes direitos que permitem, justamente, a formação da

vontade e da opinião política, isto é, a criação do direito não pode afrontar o direito que permite a própria participação e igualdade de condições dos cidadãos para a elaboração legislativa.

Em geral, as decisões da maioria são limitadas por meio de uma proteção dos direitos fundamentais das minorias; pois os cidadãos, no exercício de sua autonomia política, não podem ir contra o sistema de direitos que constitui esta mesma autonomia. (HABERMAS, 2003, p. 224)

Exemplificativa neste sentido é a recente decisão tomada a partir de um plebiscito na Suíça, na qual os cidadãos daquele país proibiram a construção de novos minaretes em mesquitas islâmicas. Ora, neste caso, a decisão mesmo que tomada pela maioria direta dos cidadãos, não poder ser considerada válida, já que desrespeita direitos fundamentais de minorias étnico-religiosas. O caso deixa claro que uma decisão tomada no âmbito da autonomia pública, no exercício do poder comunicativo, poderia ser considerada inválida já que em afronta a direito fundamental.

Por fim, a proposta habermasiana de democracia radical é pautada no âmbito de duas estruturas: a autonomia pública e a autonomia privada. Ambas se estabelecem num reconhecimento mútuo sem sobreposição de uma em relação a outra. A autonomia pública se realiza na ampla participação dos cidadãos na elaboração legislativa, num processo deliberativo racional, de argumentos e contra-argumentos das propostas de escolhas do regramento da convivência entre os indivíduos. Para tanto a necessidade do estabelecimento de um sistema de direito subjetivos protegidos no nível constitucional, que permita a emissão das opiniões pelos cidadãos em igualdade de condições, somente, assim, o direito como *medium* do poder político será legítimo e, somente, assim, o poder político organizado administrativamente será legitimamente utilizado.

Por isto, a concepção liberal não mais oferece as respostas necessárias para a legitimação do direito, pois, estruturada sobre um base concorrencial mercadológica na qual os interesses individuais terão melhor chance de sucesso quanto mais forte for o indivíduo que o propõe. Aqui, os direitos subjetivos individuais são configurados de forma particularizada como se um indivíduo não dependesse do outro. Como se cada um vivesse em uma cápsula definitivamente separado do outro.

Por outro lado, o valor cívico da concepção republicana, apesar da valorização da autonomia pública, perde-se numa sociedade plural e complexa, cujos valores ético-políticos são inviáveis de serem homogeneizados e, por isto, o bem comum a partir de uma única

concepção se perde.

Nisto tudo reside a superioridade da proposta discursiva-deliberativa do direito de Jürgen Habermas, a estruturar por um canal procedimental de debates e, por isto, racionalizado, revalidando a autonomia pública e a autonomia privada, a qual importa, também, condições materiais de vida, permite que todos os projetos de vida possam, pelo argumento, ser colocados em debate e normatizados conforme o princípio democrático, ou seja, valer legitimamente para todos.

3 POLÍTICA ECONÔMICA NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

3.1 – Direito Econômico no marco teórico de Washington Peluso Albino de Souza

A divisão do direito em ramos serve mais a uma necessidade didática do que científica. Porém, é inegável que da grande árvore do direito, os diversos galhos que surgem de seu tronco, representativos dos diferentes ramos, apresentam características importantes a confrontá-los um com o outro. Assim é em relação ao direito civil quanto ao penal, do tributário ao financeiro, do trabalho ao administrativo etc., todos com pontos específicos que levaram à proclamação de sua autonomia, que é sempre relativa, haja vista os vários pontos de interseção entre eles.

Não é diferente quanto ao direito econômico, cuja autonomia como ramo do direito foi estruturado a partir de meados do século XX, ainda que, até os dias atuais muitas controvérsias sobre o seu corte epistemológico se apresente entre os pesquisadores do direito, inclusive quanto à sua definição e objeto de estudo.

A profusão de ramos do direito não é sem motivos. A profunda transformação pela que passou a sociedade nos últimos dois séculos, especificamente a ocidental na qual o Brasil se inclui, foi caracterizada por novas formas de interação social e econômica, provocada, principalmente, pela revolução industrial e a afirmação do modo de produção capitalista.

Enquanto as relações humanas tornavam-se mais complexas, o direito precisava apresentar respostas às novas demandas que iam se formando. Os deslocamentos dos centros de poder, com novos atores ao lado dos anteriores, como o poder econômico dividindo espaços com o político e o religioso e, mesmo a fragmentação e/ou desaparecimento de outras formas de relação, como a substituição do trabalho escravo pelo remunerado, a emancipação da mulher, anteriormente tutelada pelo homem, bem como grandes eventos históricos, muitas vezes trágicos, como o holocausto, ou a tomada de consciência dos limites da exploração dos recursos naturais do planeta e o risco de colapso ou de sobrevivência da espécie humana, exigiu do direito novas formas de interpretação da vida e soluções para os diversos pontos de tensão social estabelecidos.

Neste contexto, o direito econômico importa-se, sobretudo, com o fato econômico, enquanto política econômica, e o seu impacto nas relações humanas, assumindo posição de

reconhecimento do “homem econômico”, isto é, aquele que irá agir racionalmente quanto às suas escolhas para suprir suas necessidades na razão “da constância interna de suas escolhas e, simultaneamente, como maximização do auto-interesse” (PETTER, 2008, p. 35).

Assim, a necessidade de normatização dos efeitos que o econômico tem sobre as interações sociais, levou à construção teórica das principais características deste ramo, dentro das Ciências Jurídicas, e à sua autonomia.

O conceito de economia ergue-se sobre dois pressupostos, quais sejam, (i) as necessidades humanas e (ii) a escassez dos recursos para satisfazê-las (NUSDEO, 2008, p. 28).

A atividade econômica é, pois, aquela aplicada na escolha de recursos para o atendimento das necessidades humanas. Em uma palavra: é a administração da escassez. E a Economia, o estudo científico dessa atividade, vale dizer, do comportamento humano e das relações e fenômenos dele decorrentes, que se estabelecem em sociedade permanentemente confrontada com a escassez. (NUSDEO, 2008, p. 28)

Para a administração da escassez dos recursos disponíveis para a satisfação das necessidades humanas, a atividade econômica precisa ser organizada de forma a produzir resultados satisfatórios ao atendimento de seus fins. Disto surge a relação entre Direito e Economia, haja vista que se os fatos econômicos são de determinada forma deve-se à forma como se dá a organização da própria economia, disto ressaltando-se a normatização em que se opera (NUSDEO, 2008, p. 29), da mesma forma que “a pressão dos fatos econômicos e dos interesses a eles ligados tenderá a moldar a legislação ou a forma de sua aplicação a fim de torná-la conveniente a tais interesses” (NUSDEO, 2008, p. 30).

Ademais, o direito enfrenta a íntima relação entre Estado e economia, o que lhe exige ampla atenção ao fenômeno econômico, sem, contudo, “olvidar que os mesmos fatos encontram-se submetidos à influência das ‘leis’ econômicas, de modo que, em assim percebendo, melhor terá compreendido a vida (...)” (PETTER, 2008, p. 74).

Assim:

(...) o Direito Econômico não pode renunciar à realização da idéia de justiça e, conseqüentemente, a influir na conformação das relações sociais, ordenando a própria Economia. De modo que, mesmo observado sob o ângulo da instrumentalidade da Economia, não lhe escapa também um sentido de direcionamento desta mesma Economia. (PETTER, 2008, p. 74)

Cabe aqui, antes de se partir para as principais formulações teóricas e suas definições, ressaltar a advertência que Souza faz com o objetivo de uma correta compreensão do direito

econômico:

No início de seu estudo, muitos teóricos pretenderam colocá-lo acima dos demais ramos, perdendo-se na afirmativa de que o “fato econômico” jamais fora desprezado pelo Direito e que, de certo modo, “todo direito seria econômico”. As características da sociedade e da vida jurídica atual, entretanto, não mais permitem afirmativas dessa ordem, vez que o seu campo e os seus elementos característicos tornam-se claramente definidos. (SOUZA, 2005, p. 23)

As diferenças entre os teóricos quanto ao conceito do direito econômico, bem como o seu objeto, estão intimamente ligadas a pré-compreensões de mundo motivadas por experiências históricas quanto à relação do direito com a economia e, no fundo, da própria relação do Estado com a economia e o seu papel no campo econômico. Desta relação, surgem as principais concepções, liberais e sociais, que embalaram o fértil século XX, com influências no início deste novo século, da atuação estatal na economia a partir do paradigma do Estado Liberal. Deste embate, tem-se reflexo sobre as diversas elaborações teóricas do direito econômico, seu objeto e extensão.

Contudo, apesar das diferenças apontadas, tem-se que o elemento coincidente na caracterização do direito econômico é o trato jurídico do fato econômico organizado através da política econômica. Explica-se, os diversos ramos do direito trazem no interior de seus objetos, elementos que também tem conteúdo econômico, como o contrato de compra e venda, por exemplo, tratado pelo direito civil, mas nem por isto, identificando-se, especificamente, com o direito econômico.

Neste sentido, a explicação de Fonseca no sentido de que,

Poderemos identificar diversos conjuntos de normas jurídicas que se relacionam com a economia. Inúmeras normas têm conteúdo econômico, mas, nem por isso, se situam no campo específico do Direito Econômico. Poder-se-á dizer que tais normas se localizam no âmbito do Direito da Economia. Este último tem um campo mais amplo do que o do Direito Econômico. (FONSECA, 1997, p. 11)

Por outro lado, alguns restringem o direito econômico com aquele no qual, obrigatoriamente, faz-se a presença do Estado como sujeito do direito, como Moncada (2007, p. 57) que sustenta ser o direito econômico um direito público da economia, partindo, por isto mesmo, do pressuposto da intervenção do Estado na economia como elemento essencial ao direito econômico. Assim, conceitua-o:

O direito econômico assim perspectivado, afirma-se fundamentalmente como o direito público que tem por objectivo o estudo das relações entre os entes públicos e os sujeitos privados, na perspectiva da intervenção do Estado na vida económica.

(MONCADA, 2007, p. 15)

No mesmo sentido caminha Toledo (2004, p. 104), para quem o direito econômico existe pela necessidade de regramento da atuação do poder público na economia, ressaltando, ainda, que:

Nota-se, portanto, que a característica fundamental desse ramo do direito é a ordenação das relações estabelecidas entre o Estado (em sentido amplo) e a atividade econômica, desempenhada tanto pelo setor privado quanto pelo setor público, e que, para alguns, deve traduzir-se em uma determinada Política Econômica. (TOLEDO, 2004, p. 105)

Em provocativa obra, Sanches (2008) critica a doutrina portuguesa sobre o direito econômico, antes de assumir o marco teórico do Direito e Economia, fazendo interessante análise das formas de abordagem sobre elementos que não se bastariam para conceituá-lo, ao contrário.

A construção do direito econômico de forma tópica, à volta de certas alterações marcantes no ordenamento jurídico (nacionalizações, privatizações) ou com base numa narrativa histórica (evolução econômica do capitalismo, concentração ou globalização), tende a ignorar a questão da normatividade do Direito Econômico, o que constitui um argumento decisivo contra este tipo de abordagem. (SANCHES, 2008, p. 44)

Outros, ainda, apresentam o direito econômico por duas perspectivas, “como método de análise e interpretação do direito e como ramo do mesmo” (NUSDEO, 2008, p. 207). Acrescentando que:

No entanto, a verdadeira vocação e origem mesma dessa disciplina é de caráter eminentemente metodológico, o qual consiste precisamente em se utilizar de todo o conhecimento quanto à mecânica funcional dos sistemas econômicos, inclusive do seu direcionamento pelas normas de política econômica, e na análise e interpretação do Direito, sem esquecer da influência dos grupos de pressão sobre elas. E, à luz desse conhecimento, olhar o ordenamento jurídico como um todo, para aí distinguir os processos econômicos nele embutidos, seus reflexos na vida social, individual e familiar, as relações de coordenação, de submissão ou de dominação que engendram, em suma o todo social inserido nesse quadro jurídico mais amplo e assim visualizado. (NUSDEO, 2008, p. 208)

Grau (2005, p. 155) depois de ressaltar a importância do direito econômico como método de integração e interpretação do direito, partindo de uma análise dogmática, eis a previsão contida no art. 24, I, CF, define-o como “instrumentalização, mediante ordenação jurídica, da política econômica do Estado”, afirmando, ainda, a necessidade da presença do Estado ou limitando o objeto do direito econômico como a política econômica estatal.

Comparato (1965) vai na mesma direção quanto à presença do Estado na relação jurídica conformadora do interesse do direito econômico.

A partir das considerações e apontamentos de Souza (2005), começa-se a afastar tais dificuldades teóricas, bem como clarear os principais pontos e características que envolvem o direito econômico para, então, chegar-se à sua definição.

A relação entre econômica e direito é óbvia para o direito econômico, uma vez que as normas de direito econômico “sempre têm, e somente têm, conteúdo econômico, e o apresentam na modalidade ‘político-econômica’” (SOUZA, 2005, p. 55).

O discurso econômico limita-se a explicar os seus fenômenos e as consequências, quase perfeitas por modelos teóricos, que terão certos atos econômicos, numa relação de causa e efeito. Já o direito, por sua vez, adota um discurso normativo, caracterizando-se pelo elemento de regramento de ação do indivíduo, isto é, a economia “explica o ‘ato’ e o ‘fato’ econômico que o direito vai disciplinar” (SOUZA, 2005, p. 56).

Assim:

A este o conhecimento da Economia há de ser dirigido no sentido de lhe possibilitar a formação de “juízos de valor jurídicos”. Significa dizer que a Economia “dirá” ao jurista o que “é” economicamente “certo”. Mas o dirá de tal modo, fundamentado em tais princípios teóricos, que o jurista, utilizando-se da afirmação “econômica”, possa realizar ponderações, comparações, prever consequências, aquilatar prejuízos, sacrifícios pessoais e sociais, e, ao fim de tudo isso, chegar a uma conclusão, que tanto pode corresponder, como se sobrepor ou distanciar-se daquele “econômico”, pois a sua missão é a busca do “justo”. (SOUZA, 2005, p. 56)

Para aqueles que entendem que o direito econômico é um mero método de aplicação e interpretação do direito, pautado pelo conhecimento do funcionamento dos sistemas econômicos, tem-se uma submissão indevida do direito à economia, haja vista caber ao direito a normatização das relações sociais, criando uma expectativa de segurança do modo de agir do indivíduo, resposta esta que a economia não pode oferecer, pela sua própria natureza explicativa.

Chega-se, desta forma, à definição formulada por Souza quanto ao direito econômico, qual seja:

Direito Econômico é o ramo do Direito que tem por objeto a “juridicização”, ou seja, o tratamento jurídico da política econômica e, por sujeito, o agente que dela participe. Como tal, é o conjunto de normas de conteúdo econômico que assegura a defesa e harmonia dos interesses individuais e coletivos, de acordo com a ideologia adotada na ordem jurídica. Para tanto, utiliza-se do “princípio da economicidade”. (SOUZA, 2005, p. 23)

Desta definição logo se vê que as restrições dadas ao direito econômico pela exigência de participação do Estado na relação jurídica, tornam-o incapaz de apresentar as soluções que dele se espera em relação à normatização das relações econômicas. Ora, não se pode ignorar a importância das fontes normativas oriundas de agentes econômicos privados na consecução de políticas econômicas, como, por exemplo, contratos de cooperação, consórcio e/ou fusões e aquisições, de relevância para os espectros socioeconômicos, bem como convenções coletivas de consumo.

Neste sentido, vale destacar a assertiva de Clark,

Por certo, o Direito Econômico tem como objeto a regulamentação das políticas econômicas dos agentes econômicos (empresas, Estados, indivíduos, organizações não governamentais) no intuito de que todos, ou pelo menos a maioria, possam suprir suas necessidades. Como se percebe, tanto os agentes econômicos públicos como os privados têm suas ações, comportamentos e omissões visando a satisfação de suas necessidades, ou seja, políticas econômicas, normatizadas pelo Direito Econômico. (CLARK, 2001, p. 7)

Lado outro, a definição apresentada por Souza (2005), também tem a vantagem de apresentar o direito econômico como o conjunto de normas de caráter iminente econômico e sua relevância para o regramento de interesses individuais e coletivos de natureza econômica, o que seria impensável se bastasse ao direito econômico a presença do Estado na relação jurídica, como proposto por outros.

Ademais, propõe Souza (2005) a adequação do direito econômico com a ideologia adotada pela ordem jurídica, que ele mesmo explica como sendo aquela “definida, em Direito Positivo, no Estado de Direito, pela Constituição vigente, em cada época e em cada país. Por isso, a definimos como ideologia constitucionalmente adotada” (SOUZA, 2005, p. 29). Este aspecto, entretanto, será devidamente tratado no subtítulo deste capítulo destinado a explorá-lo.

Ressalta Souza (2005), ainda, o princípio da economicidade como elemento constitutivo da definição de direito econômico, que, para o autor, tem relevância por assumir dois sentidos para o próprio direito econômico, sendo entendido como medida do econômico, isto é, “como expressão de ‘equilíbrio’ na ‘relação custo-benefício’” (SOUZA, 2005, p. 29), o que, de forma alguma, assume posição utilitarista, mas no sentido da ideologia constitucionalmente adotada.

Quanto ao segundo sentido, nas suas próprias palavras, o princípio da economicidade,

(...) afirma-se como instrumento de interpretação e decisão para harmonizar

dispositivos ideológicos originariamente passíveis de contradição, mas que, adotados e admitidos pelo legislador constituinte, passam a ter convivência indiscutível, sob pena de se resvalar para a admissão de “inconstitucionalidade” da própria Constituição, o que significaria o abalo da Lei Magna em seus próprios alicerces. (SOUZA, 2005, p. 32)

Por último, propositadamente, tem-se a característica mais importante do direito econômico, conforme proposto por Souza (2005, p. 23) em sua definição, que é o tratamento jurídico da política econômica, ressaltada como o próprio objeto do direito econômico, por isto sua importância, assunto, contudo, de subtítulo próprio.

3.2 – A Constituição Econômica

3.2.1 – Conceito

É da definição de Constituição Econômica elaborada por Washington Peluso Albino de Souza (2002), abaixo reproduzida, que se pautará este trabalho.

De nossa parte, seguimos a orientação de considerar a Constituição Econômica componente do conjunto da Constituição Geral. Apresenta-se na tessitura estrutural desta, não importa se na condição de Parte, Título, Capítulo ou em artigos esparsos. Sua caracterização baseia-se tão-somente na presença do “econômico” no texto constitucional. Por esse registro, integra-se na ideologia definida na Constituição em apreço e a partir desta são estabelecidas as bases para a política econômica a ser traduzida na legislação infraconstitucional. (SOUZA, 2002, p. 23)

Apesar da definição apontada, fiel ao marco teórico dessa dissertação, o próprio Souza (2002) elenca diversas dificuldades encontrada pela doutrina, principalmente constitucionalista, em aceitar a existência, quer formal quer material, de uma Constituição Econômica, isto é, do trato constitucional do fato econômico incorporado à norma prevista no texto constitucional.

Tal dificuldade associava-se ao constitucionalismo de primeira geração, ou seja, o liberal, que não via na constituição mais do que a organização política que se propunha a dar, além dos direitos de defesa em relação ao indivíduo.

O tema “Constituição Econômica” tem alimentado controvérsias e ocupado posições em debates jurídicos por vezes exacerbados. De uma parte, situam-se aqueles que

não lhe reconhecem nenhum sentido. A simples presença do tema econômico no texto constitucional já seria o suficiente para a sua “constitucionalização”, quando não fosse a sua desnecessidade. Bastaria consigná-lo na legislação infraconstitucional, mantendo-se para a Carta Magna o sentido meramente político de organização do Estado. Defendem o ponto de vista de que há uma “essência da Constituição” deduzida da sua “concepção liberal originária”, sendo este o ponto de partida do tratamento que posteriormente lhe foi dado. (SOUZA, 2002, p. 13)

Esse posicionamento quanto à inexistência do econômico na constituição, mesmo que no paradigma liberal, mostrou-se falso, como se verá mais adiante, restando à doutrina no âmbito da evolução do constitucionalismo, já se falando no constitucionalismo social, a incorporação do conceito de Constituição Econômica e seu reconhecimento como parte integrante da constituição, como destaca Bercovici:

As Constituições elaborada após o final da Primeira Guerra Mundial têm algumas características comuns – particularmente, a declaração, ao lado dos tradicionais direitos individuais, dos chamados direitos sociais ou direitos de prestação, ligados ao princípio da igualdade material que dependem de prestações diretas ou indiretas do Estado para serem usufruídos pelos cidadãos. Estas novas Constituições são consideradas parte do novo “constitucionalismo social” que se estabelece em boa parte dos Estados europeus e em alguns americanos. Em torno destas Constituições, adjetivadas de sociais, programáticas ou econômicas, vai se dar um intenso debate teórico e ideológico. (BERCOVICI, 2005, p. 11)

O significado da existência da Constituição Econômica tem o alcance de reconhecer a necessária relação entre direito e economia, compreendendo o fato econômico como elemento constitutivo daquela norma constitucional que lhe cuida. De resto, desse reconhecimento trata o direito econômico, conforme a explicação de seu conceito. Assim, “na ‘Constituição Econômica’, definem-se os fundamentos da própria ‘política econômica’ em sentido amplo, e expressa na legislação infraconstitucional” (SOUZA, 2002, p. 16).

É importante explicar em relação à Constituição Econômica que não é parte autônoma ou destacada da constituição, mas dela sendo parte integrante, portanto, “todas as características e elementos conceituais desta aplicam-se àquela e, portanto, também aí se enquadra a peculiaridade de reunir os ‘valores jurídicos, políticos e econômicos’” (SOUZA, 2002, p. 22).

Assim, a Constituição Econômica sendo parte da constituição, apenas é a positivação dos valores sociais de natureza econômica, assumidos no pacto político da sociedade, na constituição e, por isto, conformadora da política econômica, seja pública seja privada, independentemente de sua topografia, se concentrada em um único título ou capítulo ou dispersa por todo o texto constitucional.

Chama-se a atenção, contudo, para o posicionamento de Grau (2005, p. 81) para quem

“(…) tanto o conceito de Constituição Econômica quanto o de ordem econômica não são dotados da relevante significação que lhes costumamos emprestar”, o que não é abraçado nesse trabalho, pelos próprios argumentos já apresentados, mas que é importante anotar pelo balizamento da opinião exposta.

A posição de Grau (2005) parte de uma decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão em 1954, no qual considerou, na esteira de debate doutrinário sobre a Constituição Econômica à época, a Lei Fundamental de Bonn, em termos econômicos, como aberta, refutando, assim uma Constituição Econômica que pudesse ser diretiva. Entretanto, cientificamente, uma Constituição Econômica tem exatamente a feição de sua ideologia constitucional, por isto, fica difícil concordar com a opinião de Grau (2005), nos termos de suas conclusões.

O que resulta dessa breve ponderação é a evidência de que – por certo provocando frustração nos teóricos da Constituição Econômica – a Lei Fundamental da Alemanha não contém senão uma Constituição Econômica implícita; não opera a consagração de um determinado sistema econômico. A Constituição Econômica nela contida não assume caráter diretivo, mas sim – e implicitamente – meramente estatutário. (GRAU, 2005, p. 85)

Completando:

(…) a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha contém uma Constituição Econômica formal, porém implícita; e sua Constituição Econômica material está definida no nível infra-constitucional. Nisso, a demonstração cabal da pouca utilidade – para não dizer inutilidade – do conceito. (GRAU, 2005, p. 86)

3.2.2 – A Constituição Econômica no Constitucionalismo Liberal

A negativa da existência da Constituição Econômica pela doutrina como anteriormente afirmado, devia-se à ideia predominante nesse paradigma que não haveria espaço no discurso constitucional ao tema econômico, pois este fazia parte de uma ordem natural da economia, baseada na oferta e procura, que não demandava interferência estatal, assunto que tocava apenas ao privado.

Contudo, “(…) o próprio ‘abstencionismo’ do Estado em relação à atividade econômica, longe de se traduzir pela ‘indiferença’ ou pelo alheamento, define-se por uma postura de ‘política econômica’ baseada em correspondente ‘ideologia’ (SOUZA, 2002, p.

19).

O fato é que o constitucionalismo liberal também tratava daquilo que compunha o fato econômico, obviamente da forma que lhe afeiçoava a doutrina liberal. Era este o propósito de garantia da propriedade privada e da liberdade contratual, por exemplo. É como afirma Bercovici:

A Constituição Econômica liberal existia para sancionar o existente, garantindo os fundamentos do sistema econômico liberal, ao prever dispositivos que preservavam a liberdade de comércio, a liberdade de indústria, a liberdade contratual e, fundamentalmente, o direito de propriedade. (BERCOVICI, 2005, p. 32)

Assim, o deixar fazer do constitucionalismo liberal, antes de ser uma omissão despropositada, um mero acaso da história, era, na realidade, a conformação de um conjunto de ideias a compor a Constituição Econômica desse paradigma. Como a constituição é o texto jurídico fruto da positivação dos valores da sociedade, sejam sociais, políticos e/ou econômicos, a Constituição Econômica terá os contornos necessários a garantir o desenvolvimento do econômico conforme os ditames do liberalismo.

3.2.3 – A Constituição Econômica no Constitucionalismo Social

Como afirmado no tópico anterior, apesar do senso comum em contrário, o constitucionalismo liberal conhecia sim o fato econômico e o incorporava em seu texto, apesar de fazê-lo de forma disfarçada, quase negando sua existência, concebendo uma Constituição Econômica implícita, mas de acordo com o pensamento do período.

A Constituição Econômica era, assim, voltada a afirmação ou confirmação de um ambiente econômico já estabelecido, dito “natural”, de forma a evitar as interferências estatais no plano econômico, consideradas indevidas, apesar de, como diz Souza (2002), essa omissão ser uma forma de ação do Estado na economia.

Contudo, existiam ações positivas estatais no comércio internacional, na política tributária, monetária etc.

Apesar de uma intervenção denominada negativa no Estado liberal, encontramos nesse modelo inúmeros exemplos de atuação econômica positiva do Estado, até mesmo sistemática – como a Lei do Trigo, na Inglaterra, que garantia um preço mínimo para o seu produto, buscando incentivar o agricultor, mas o sujeitava a

certas regras de importação, e as barreiras colocadas pelos Estados Unidos e Alemanha, por volta de meados de 1800, para a importação de mercadorias, no intuito de desenvolverem e protegerem a infantil indústria local contra os produtos da potente indústria inglesa (HUBERMAN, 1986). Como se percebe, nas hipóteses apontadas por Adam Smith, onde fosse admitida, a intervenção era frequentemente executada pelo Estado em prol da evolução do liberalismo. A abstenção era, sim, a regra, mas as políticas econômicas estatais positivas deveriam garantir o modelo. (CLARK, 2001, p. 21)

O constitucionalismo social por sua vez, escancara o conceito de Constituição Econômica, trazendo no bojo dos textos constitucionais do início do século XX, com são as repetidamente exemplificativas, Constituição do México de 1917 e Constituição de Weimar de 1919, afirmações econômicas expressas, não mais apenas no sentido de confirmar o existente, mas impondo novos caminhos socioeconômicos, elegendo o Estado como o guia maior dos destinos da economia.

A transformação que refiro se dá no instante em que as precedentes ordens econômicas (mundo do dever-ser) passam a instrumentar a implementação de políticas públicas. Vale dizer: no instante em que a ordem econômica – parcela da ordem jurídica –, já instalada no nível constitucional, passa a predicar o aprimoramento da ordem econômica (mundo do ser), visando à sua preservação. (GRAU, 2005, p. 74)

Nesse sentido, o Estado é chamado a atuar no plano econômico, não mais para preservar a “ordem” estabelecida, mas para que não pereça, haja vista a crescente e explosiva demanda social que o sistema liberal não era capaz de dar respostas satisfatórias. Tem-se aí, uma situação que poderia representar uma contradição ao sistema de mercado, mas que na verdade era elemento de aperfeiçoamento e preservação do capitalismo: a intervenção do Estado na economia.

A introdução, no nível constitucional, de disposições específicas, atinentes à conformação da ordem econômica (mundo do ser), não consubstancia, em rigor, uma ruptura dela. Antes, pelo contrário, expressa – como venho afirmando – o desígnio de se a aprimorar, tendo-se em vista a sua defesa. A ordem econômica (mundo do dever ser) capitalista, ainda que se qualifique como *intervencionista*, está comprometida com a finalidade de preservação do capitalismo. Daí a feição *social*, que lhe é atribuída, a qual, longe de desnudar-se como mera concessão a um modismo, assume, nitidamente, conteúdo ideológico. (GRAU, 2005, p. 75)

Sobre a terminologia “intervenção”, utilizada para classificar a atuação do Estado na economia, é importante observar junto ao pensamento de Grau (2005), que ele decorre de preconceito de uma sociedade estabelecida sobre os padrões burgueses e que gostaria de evitar a interferência estatal nos assuntos considerados privados, como o mercado. Assim, ocorreria uma profunda cisão entre Estado e Sociedade, que somente na excepcionalidade de

determinadas situações, toleraria a presença do Estado nos assuntos que não seriam de sua alçada, como a própria economia. Contudo, o equívoco de tal pensamento já ficou claro e, por isto, do próprio termo utilizado, quando demonstrado que o Estado sempre se fez presente nos assuntos econômicos.

Por todos estes argumentos, julgamos impropriedade continuar no emprego restritivo do termo “intervenção”, carregando-o de preconceito ideológico liberal, ao examiná-lo enquanto “Instituto”, na dimensão em que ele efetivamente se nos oferece. Preferiríamos, para maior clareza, quer do “discurso constitucional”, quer da legislação ordinária, que se empregasse o vocábulo “ação”, certamente circunscrito à área de que se cogita, passando a expressão a se designar por “ação econômica”, que tanto se referiria à atuação do Estado no domínio reservado ao poder econômico privado como também à atuação deste poder econômico privado no domínio tradicionalmente reservado ao poder público-econômico, direta ou indiretamente como tal identificável. (SOUZA, 2002, p. 388)

Aliás, nesse sentido, já se afirmou que:

Em uma relação simbiótica, o mercado existe apenas porque há um ente capaz de garantir-lhe sua sobrevivência, qual seja, o Estado, a negativa de sua atuação econômica é "antinatural". O Estado é assim, legítimo agente econômico, com plena capacidade de atuar economicamente, seja direta ou indireta. (OLIVEIRA; CLARK, 2010, p. 2800)

A Constituição Econômica do constitucionalismo social encerra, assim, duas situações opostas, mas que no conjunto garantem a sobrevivência do sistema capitalista de produção: a liberdade de mercado e a ação econômica estatal, chamada de intervenção. São erigidas uma série de normas com claro conteúdo econômico a permitir que o Estado possa assumir as rédeas da economia ou, ao menos, influenciá-la diretamente.

O Estado intervencionista que, desde então, surge, é fruto desse embate poderoso resumido pela expressão “Capital x Trabalho”, mas que, também, deveria evitar as contradições do capitalismo que levava o próprio mercado, num padrão comportamental autofágico, a se autodestruir, como são exemplificativas as leis surgidas em fins do século XIX e início do XX, reguladoras da concentração de mercado, pois esse movimento poderia colocar em dificuldades um dos pilares do capitalismo clássico que é a concorrência entre os agentes econômicos.

Assim, a Constituição Econômica no ambiente do constitucionalismo social, assumia, expressamente, a influência do econômico na elaboração das normas constitucionais, indo além, já que pretendia não apenas aceitar o “mundo do ser” econômico (GRAU, 2005), porém induzi-lo, condicioná-lo e/ou controlá-lo conforme os ditames normativos então estabelecidos.

3.2.4 - A Constituição Econômica no Constitucionalismo Democrático

O Estado Democrático de Direito tem como pressuposto fático, uma sociedade preenchida por valores da pós-modernidade e, por isto, plural e complexa, para quem as respostas simplificadas às suas pretensões que poderiam ser ofertadas sob o paradigma liberal e social, são insuficientes.

O desenvolvimento dos preceitos da Constituição Econômica no ambiente democrático, também acompanha a evolução do constitucionalismo como um todo, entendendo-se que ao indivíduo não basta mais a liberdade de fazer o que quiser, como também, não lhe interessa mais ser apenas objeto de ações prestativas do Estado de forma passiva: a ele deve ser dado voz e participação nas decisões sobre a condução da política econômica. A democracia deve avançar sobre os mecanismos e instituições econômicas.

Conforme Comparato:

(...) A verdadeira liberdade consiste, efetivamente, na participação nos mecanismos do poder, como pensavam gregos e romanos. Mas essa participação – e aí vai o grande elemento de novidade – já não se limita à elite ou aos mais ricos, nem se cinge, tão-só, à esfera política em sentido estrito, mas abarca todas as áreas de poder, notadamente o econômico e cultural. (COMPARATO, 1989, p. 126)

Uma política econômica dimensionada de cima para baixo sem a exata compreensão das necessidades da sociedade, não pode ser qualificada como democrática. A possibilidade de maior participação dos indivíduos nas escolhas sobre política econômica permite a democratização, inclusive, dos escassos recursos disponíveis para suprir as necessidades de toda a sociedade, evitando sua concentração em reduzida parcela social, sendo, ainda, pressuposto importante para o salto ao desenvolvimento em sociedades que ainda não o alcançaram.

Aqui, ainda atento às lições de Comparato (1989), que, na época, propunha interessantes soluções para o aprofundamento da democracia no planejamento da economia, conforme suas palavras que seguem.

A planificação do desenvolvimento é função de eminente interesse público. Ela não pode ser confiada exclusivamente a agentes estatais, sem ligação com os grupos ou categorias que formam a sociedade. Importa, pois, que os planos de desenvolvimento – nacionais, regionais ou estaduais – contem, em sua elaboração, com a participação obrigatória de representantes da comunidade. É somente assim que a política de desenvolvimento deixa de ser tarefa estritamente burocrática, para

se tornar função de interesse coletivo. (COMPARATO, 1989, p. 132)

Assim, a Constituição Econômica no constitucionalismo democrático se propõe a superar os reduzidos modelos de respostas liberal e social, levando à democratização da política econômica que, ao fim, terá como resultado a repartição democrática dos recursos escassos para satisfação das necessidades de toda a sociedade.

3.3 – Política Econômica e Ideologia Constitucional no Estado Democrático de Direito

3.3.1 – Política Econômica

A partir da definição de direito econômico anteriormente apresentada, conforme o marco teórico de Washington Peluso Albino de Souza, viu-se que o seu objeto é o tratamento jurídico da política econômica e seus sujeitos, afastando concepções restritivas, tanto podem ser agentes públicos quanto agentes privados (CLARK, 2008, p. 27). Assim, tem-se políticas econômicas públicas e privadas, conformando-se de acordo com uma ordem jurídica determinada, que pode ser, neste caso, reveladora de uma ordem econômica de iniciativa dual (NUSDEO, 2008, p. 188).

Em relação às políticas econômicas públicas, Souza considera que:

As medidas de Política Econômica, estabelecidas pela legislação, constituem o “objetivo-meio” para atingir o “objetivo-fim” expresso na ideologia, ou seja, definido na Constituição.

Compõem-se, portanto, de expedientes que nos são apresentados como “técnicas” de ação econômica do Estado, manifestadas por intermédio das “normas” de Direito Regulamentar Econômico e de Direito Institucional Econômico (SOUZA, 2005, p. 248)

Complementando o autor, ainda, que:

O seu sentido mais restrito encontra-se na “regulação”, e o mais amplo é identificado nas formas de “intervenção no domínio econômico”. Dentre essas, a mais geral e abrangente é a do “Planejamento Econômico”, porque admite que ali se incluam todas as demais, embora qualquer delas dispense a existência de Planos para ser adotada. Um exemplo nesse sentido seria o tabelamento de preços, que constitui intervenção do Estado no domínio econômico e que pode ser aplicado, com ou sem planejamento econômico, quer parcial, quer total. (SOUZA, 2005, p. 248)

Pelo agente privado, Souza (2005, p. 251) considera que “o exercício da política econômica pelo Poder Econômico Privado está na afirmativa da ‘ação econômica’ praticada pelo particular”. Desta feita, esta ação econômica é o próprio conteúdo da norma jurídica, estabelecida num ambiente de mercado pautado pela concorrência com outros agentes, cujo objetivo final é o lucro. Nessa situação é que se estabelece a política econômica privada.

É interessante, porém, entender nas Ciências Econômicas como se estabelece a política econômica, isto é, num ambiente de escassez de recursos para a satisfação das necessidades humanas, campo de investigação da economia, o que vem a ser política econômica.

O estudo da economia está intimamente ligado à sobrevivência do homem, numa concepção materialista. As preocupações da economia estão estritamente relacionada à satisfação das necessidades do homem com os poucos recursos disponíveis para tanto. Por óbvio, a satisfação dessas necessidades, apesar da análise racional da conjuntura da razão entre “necessidade” e “recursos”, é contaminada pela ética ou valores de uma determinada comunidade interessada em sua sobrevivência, ou seja, não importa apenas os fins, mas também os meios utilizados para tanto.

O problema econômico, isto é, o impasse entre “necessidades” e “recursos”, acaba por se dividir em três grandes questões que, conforme Nusdeo (2008, p. 98) são: (i) o que, (ii) como e (iii) para quem produzir. Por certo, a solução para tais questionamentos não se dará de forma uniforme, seja geográfica, seja temporalmente, importando a perspectiva do sistema econômico adotado pela comunidade interessada, sendo que o sistema será, então, o responsável pela organização da busca por soluções.

No entanto, num sentido mais técnico e mais preciso, por sistema econômico quer-se significar um particular conjunto orgânico de instituições, através do qual a sociedade irá enfrentar ou equacionar o seu problema econômico. Este último nada mais vem a ser do que uma mera decorrência da já conhecida escassez de recursos, a exigir um processo consistente e concatenado de decisões quanto ao seu emprego. Dito de outra forma, é o conjunto de instituições destinado a permitir a qualquer grupo humano administrar seus recursos escassos com um mínimo de proficiência, evitando o quanto possível o seu desperdício ou malbaratamento. (NUSDEO, 2008, p. 97)

O sistema será desenvolvido, portanto, segundo determinado padrão estabelecido, isto é, pautado na tradição, na autoridade ou na autonomia (NUSDEO, 2008, p. 97). Porém, é nesse último que reside o grande arcabouço para o estabelecimento e desenvolvimento do sistema de mercado, no qual os agentes econômicos puderam, realmente, afirmarem-se.

O arranjo foi denominado “sistema de mercado” e a regra era de uma simplicidade decepcionante: cada qual pode fazer o que lhe for mais vantajoso monetariamente. No sistema de mercado, o que orientava cada qual à sua obrigação era o fascínio do lucro, não a força da tradição ou o chicote da autoridade. (HEILBRONER, 1996, p. 23)

O sistema capitalista floresceu, assim, fundamentada na autonomia dos agentes econômicos, dos indivíduos, que se guiavam apenas pelos seus próprios interesses, sem necessidade de seguir qualquer tradição ou pedir permissão a um senhor que fosse. A ideia da autonomia era a força motriz do capitalismo liberal. A atividade econômica deveria ser deixada à sorte de seus agentes, pertencentes que eram do reino da liberdade, o que seria suficiente para o progresso da sociedade. Ao Estado, caberia apenas oferecer segurança, principalmente, em relação à propriedade privada.

É de se imaginar, então, que a liberdade com que se pretendia conduzir a atividade econômica era absoluta, importando numa situação de absentéismo estatal das questões econômicas. Nada mais falso. Entre Estado e economia de mercado, desde os seus primórdios, sempre se estabeleceu uma relação de simbiose existencial (CLARK, 2008, p. 36), numa relação de verdadeira interdependência.

A emergente classe burguesa, genitora do capitalismo, clamava por segurança, estabilidade de regras, menos impostos, unificação de medidas, de forma que o desenvolvimento de seu ofício, o comércio e a indústria, pudesse ser feito sem solavancos e barreiras para seu pleno funcionamento (GRAU, 2005).

A necessidade de estabelecimento de um padrão monetário, de pesos e medidas, de unificação territorial, eliminação de entraves de circulação de pessoas e mercadorias, está no gene para a concepção do Estado moderno que a consolidação da classe burguesa lhe transmitiu. É a política econômica estatal aos moldes do liberalismo. Ilustrativa é a transcrição de uma carta de um comerciante alemão em meados do século XVI, em relação aos entraves prejudiciais ao seu comércio, feita por Heilbroner:

Nova parada: Alemanha, fins de 1550.

Andreas Ryff, um mercador barbudo e vestido de couro, está voltando para a sua casa em Baden; numa carta que escreve à sua esposa conta que visitou trinta feiras e que é perturbado por abrasões provocadas pela sela. Porém, perturba-se mais ainda com os prejuízos daqueles tempos; durante a viagem é parado a mais ou menos cada dezesseis quilômetros, com a finalidade de pagar pedágio; entre Basle e Colônia paga trinta e um tributos.

E isso não é tudo. Cada comunidade que visita tem seu próprio dinheiro, suas normas e regulamentos, suas próprias leis e organização. Só na região ao redor de Baden há 112 medidas de comprimento diferentes, 92 medidas quadradas diferentes, 65 medidas diferentes para secos, 163 medidas diferentes para cereais, 123 medidas

diferentes para líquidos, 63 medidas especiais para bebidas e 80 tipos de pesos diferentes denominados libras. (HEILBRONER, 1996, p. 25)

Esse modo de ser da atividade econômica, num ambiente de hipotética liberdade total, movia-se segundo o famoso termo cunhado por Adam Smith, o grande teórico do liberalismo econômico em fins do século XVIII, da “mão invisível do mercado”. A concepção smithiana busca a explicação para o mecanismo de agregação e funcionamento da sociedade daquela época, já se desvincilhando do padrão feudal e, por isto mesmo, dispersa e cultuadora da autonomia individual (HEILBRONER, 1996, p. 53).

Conforme Heilbroner (1996, p. 54), para Smith a sociedade se compunha num organismo vivo, de história própria, dinâmica, fundamentada num sistema de liberdade natural que sustentava o capitalismo comercial, regida por leis também naturais, mas que deviam ser respeitadas para o bem do sistema. Nessa ordem de coisas, é que tem sentido a “mão invisível”.

Estas indagações levaram Smith à formulação das leis do mercado. O que ele pretendia determinar era a “mão invisível”, como a chamava, por meio da qual “os interesses e paixões particulares dos homens” são orientados na direção “mais benéfica para o interesse da sociedade inteira”. (HEILBRONER, 1996, p. 54)

Por ser um sistema natural, a concepção dada por Smith não admitiria interferências externas sob pena de ruína do próprio sistema, por quebrar a ordem reinante do cosmos que era o mercado. “Em suma, Smith construiu a ponte entre o liberalismo político e o econômico ao demonstrar a viabilidade do sistema de mercado ou de autonomia” (NUSDEO, 2008, p. 127).

A doutrina liberal, então, como exaustivamente afirmado, centrava-se na autonomia individual, valorizando a iniciativa privada como forma de promoção do progresso, o que, em teoria, pressupunha a abstenção estatal da atividade econômica, o que, por certo, merece a advertência de Souza (2005, p. 331) já que a própria abstenção estatal seria uma forma de ação do Estado.

Se a atividade era entregue ao particular, não seria possível falar em política econômica pública, mas somente aquela própria do particular, como referido anteriormente, desenvolvida a partir da ação econômica do agente privado. Esta ação econômica seria a tradução da política econômica entabulada pelo agente na busca do lucro, seu objetivo-fim, cujo pressuposto era um ambiente perfeito de concorrência entre os demais agentes econômicos, lambuzados de liberdade natural apregoada por Adam Smith, na escolha daquilo

que melhor lhes conviesse para a consecução de seus objetivos.

Acontece que o “mundo maravilhoso de Adam Smith” (HEILBRONER, 1996, p. 43) escondia falhas que o mercado, por si só, era incapaz de corrigir, evitando, assim, o espetáculo do progresso prometido, autorregulado pela mão invisível suficiente para afastar as distorções e imperfeições que poderiam surgir.

No capítulo anterior, tratou-se da formação do constitucionalismo moderno desde suas bases medievais, consolidando-se na doutrina liberal, até sua crise forçando o advento do constitucionalismo social.

Aqui se tratará da crise do sistema econômico liberal e a assunção pelo Estado da condução da economia, com a estruturação de uma política econômica pública. Tal se deu em razão do mercado não se bastar a si mesmo, apesar do reconhecimento de sua viabilidade e operacionalidade, pois “tal operacionalidade estaria na dependência de diversos pressupostos que a estrutura legal própria do liberalismo não havia logrado captar, muito menos tratar” (NUSDEO, 2008, p. 139).

Esta situação demonstrou as falhas do mercado que poderia levar à sua própria destruição. A conclusão era óbvia: a “mão invisível” do mercado, alardeada por Adam Smith seria incapaz de proporcionar sua autocorreção e promover o “progresso” da sociedade como um todo.

Assim, coube ao Estado assumir gradualmente o controle dos desígnios econômicos, variando a intensidade e a extensão, conforme o tempo e a necessidade, às vezes para mais, às vezes para menos e, em alguns momentos, totalmente, mas certamente, o enunciado teórico do liberalismo clássico da inteira abstenção estatal da vida econômica não mais se encontrava respaldado.

Escorraçado do sistema econômico pelos postulados do liberalismo, o poder público dele saiu pela porta da frente, mas acabou por reingressar gradualmente pela porta dos fundos. Ou seja, este reingresso não foi sistemático, nem sempre conscientemente desejado, mas fruto de uma necessidade incontornável, à falta de qualquer outra alternativa para lidar com os apontados problemas. E, assim, foi-se acoplado ao processo decisório do mercado um aparelho controlador de caráter burocrático, destinado a impedir as consequências mais indesejáveis do seu funcionamento. (NUSDEO, 2008, p. 167)

Dessa forma, a atuação do Estado na economia deu-se, em um primeiro momento, de forma a corrigir as falhas que o mercado não conseguia impedir e evitar as suas consequências, o que dava um caráter negativo de atuação. Porém, também apresentava uma postura positiva, ao acoplar ao negativo a busca por resultados outros, além do que o mercado

oferecia, conforme as preferências políticas “quanto ao desempenho ‘tout court’ do sistema, levando o Estado não apenas a complementá-lo mas a direcioná-lo deliberadamente em função de fins específicos” (NUSDEO, 2008, p. 169).

Assim, a partir desse ponto dessa dissertação, em harmonia com seu marco teórico, pode-se assumir a seguinte definição para política econômica pública:

Em síntese, política econômica estatal é um conjunto de decisões públicas dirigidas a satisfazer as necessidades sociais e individuais, com um menor esforço, diante de um quadro de carência de meios. É, ainda, uma das espécies do gênero políticas públicas. (CLARK, 2008, p. 27)

Justificou-se, portanto, o rompimento do padrão teórico do liberalismo clássico de negação da atividade econômica estatal pelo reconhecimento da falibilidade do mercado na autorregulação que a mão invisível prometia. Disso, cunhou-se o termo “intervenção” para designar, a partir de um pré-conceito burguês, a intromissão extraordinária do Estado em assuntos econômicos (GRAU, 2005).

Por outro lado, com a presença cada vez maior do Estado na economia, também ficou claro que caberia a ele a realização de determinadas atividades cujos resultados teriam efeitos diretos sobre a realidade social, isto é, a conveniência política produzia objetivos que deveriam ser alcançados, cujo teor apesar de aparentemente social, tinham relevantes aspectos econômicos.

Para se alcançar os resultados pretendidos, o direcionamento da atividade econômica passava por uma série de decisões eminentemente políticas, a moldar o espectro social a partir da concertação político-jurídica de determinada comunidade, cujo cume é a constituição.

Caberá à política econômica, portanto, por uma série de decisões estabelecendo metas e resultados almejados, seja na correção das falhas do mercado, seja na propositura de outros objetivos além daqueles, implementar o ritmo e a direção da atividade econômica do Estado.

Contudo, a política econômica pública não se limitará ao caminho a ser percorrido pelo Estado. Se ela tem como condão a correção das falhas do mercado, isto é, para que ele funcione da forma como deveria, também pode estabelecer como e para onde os agentes privados que atuam no mesmo mercado devem direcionar suas políticas econômicas.

Para isto, o Estado através da política econômica, utiliza de diversos meios ou instrumentos para “viabilizar os objetivos tidos como necessários ou desejáveis pela comunidade” (NUSDEO, 2008, p. 171). Nesse aspecto, ocorre a juridicização da política econômica, objeto do direito econômico.

A própria noção de política econômica implica a existência de fins cuja perseguição deverá se adaptar todo o sistema, mediante distorções conscientemente impostas ao seu funcionamento, devendo entender-se aqui a palavra *distorções* como a significar uma forma de operação diversa daquela normalmente ditada pelos padrões do mercado. (NUSDEO, 2008, p. 172).

A política econômica deverá ser elaborada, então, conforme os valores de determinada sociedade que se transformarão em objetivos a serem alcançados. Normalmente, tais valores são positivados nas constituições assumindo, assim, natureza jurídica, isto é, comandos enfeixados em normas jurídicas.

Lado outro, a política econômica deverá ser flexível o bastante para não perder de vista a dinâmica do fenômeno econômico, de onde colherá os dados que lhe serão explicativos (NUSDEO, 2008, p. 188). Estes, por sua vez, serão indicativos da direção da economia como um todo, que deverão ser coincidentes com os valores da comunidade em questão. Esta é a realidade na qual irá atuar o direito econômico.

Diversos são os instrumentos que podem ser lançados para alcançar os objetivos perseguidos, tais como, redefinições de alíquotas ou isenções tributárias para o conjunto de setores da economia; restrições ou ampliações do comércio exterior; incentivos ou restrições ao consumo interno, de acordo com facilitação ou restrição de crédito; programas de redistribuição de renda e valorização dos salários base dos trabalhadores; manipulação de taxas cambiais ou de juros base da economia; tabelamento de preços e, ainda, atuação direta em setores de produção ou serviços pelo Estado ou através de empresas constituídas para tal fim; reativação de setores econômicos a partir de planejamentos de compras governamentais etc.

Mas, o mais importante, é que os instrumentos sejam flexíveis para se adequarem ao momento econômico e que, como meios, sejam adequados aos fins pretendidos, eleitos conforme os valores da sociedade.

3.3.2 – Política Econômica e Ideologia Constitucional na Constituição Federal de 1988

A) Aspectos gerais

A ação econômica estatal é reflexo da consagração do poder econômico do Estado

(SOUZA, 2005, p. 315), estranho aos alicerces do liberalismo clássico. Embora a intromissão do Estado nos negócios econômicos não fosse desconhecido, como era no regime do mercantilismo pré-capitalista, bem enraizado na tradição portuguesa das concessões do rei para os negócios por particulares (FAORO, 2000) herdada pelo Brasil, a doutrina liberal teimava em afastá-lo, embora somente no discurso.

Assim foi nos primórdios do constitucionalismo moderno, como já declamado nessa dissertação, que se construiu sua base teórica de divisão estanque entre público e privado, mormente nos assuntos econômicos, relegado aos particulares.

Porém, as falhas do mercado não previstas pelo liberalismo, que não se mostrou capaz de corrigi-las, fixou o Estado como importante ator da realidade econômica. Acontece que no Estado de Direito, qualquer atividade do Estado deve pautar-se pelo conjunto do ordenamento jurídico, mesmo as direcionadas para fins exclusivamente econômico. Em último grau, limita-se aos contornos do constitucionalmente previsto. É nesse sentido, portanto, que cabe a elaboração da política econômica, isto é, conforme a ideologia constitucionalmente prevista.

Em se tratando de política econômica, estaremos em pleno terreno das relações dos “sujeitos” de Direito Econômico, onde este irá abordá-la pelos diversos modos de sua efetivação, a partir da ideologia constitucional que a configura, e no trato dos instrumentos legais infraconstitucionais que a concretizam. (SOUZA, 2005, p. 315)

B) Tipologia da atividade econômica estatal

A manifestação do poder econômico estatal varia conforme o tempo e o lugar, isto é, de acordo com determinada comunidade e seu tempo histórico nos acertos político-constitucionais.

Souza (2005, p. 315) apresenta uma terminologia dentro de um esquema catalisador das diferentes concepções da atividade econômica estatal, a partir de duas grandes oposições: (i) a presença do Estado na economia e (ii) a ausência do Estado nos negócios econômicos ou “ação por omissão” nas suas próprias palavras (SOUZA, 2005, p. 316).

Na primeira forma, isto é, quando ocorre a presença do Estado na economia, esta poderia se dar de três formas principais, quais sejam: (i) regulamentação; (ii) regulação e (iii) planejamento.

Sem dúvidas, as duas grandes diferenças apontadas quando da análise da atividade

econômica estatal, leva em consideração o modelo puro do liberalismo clássico, ou seja, de suposta abstenção do Estado no trato da coisa econômica. Como esta pseudo abstenção sofreu vigoroso golpe com o advento do constitucionalismo social, a presença do Estado na economia tornou-se uma realidade incontestada, contudo, variando de intensidade conforme a realidade que se apresente.

Assim, ao sistema liberal foram absorvidos elementos vindos da doutrina socialista “configurando um modelo híbrido, com extremos opostos e que se concretiza num processo ‘pendular’ de aproximações com tendências ora para um fim ora para outro extremo (...)” (SOUZA, 2005, p. 314), ao que se denominou de neoliberalismo.

Sobre o neoliberalismo, melhor a explicação nas palavras de Souza, para quem:

Sua estrutura é construída à base da anteposição Estado *versus* Mercado, com preferência para este, porém sem abolir aquele. Correspondendo a esse esquema, concentra o seu apoio na livre concorrência e na restrição às modalidades de ação econômica do Estado. Dentre estas, revela maior tolerância para a “Regulação”, e maior restrição a “Regulamentação” e para o “Planejamento”. (SOUZA, 2005, p. 315)

Dessa forma, tem-se o neoliberalismo de regulamentação, cuja característica mais evidente é a definida pela terminologia “Estado Empresário”, isto é, de ação econômica estatal efetiva na busca por resultados traçados por determinada política econômica. Nesse caso, não se abandona a forma da economia de mercado, sendo o Estado mais um competidor juntamente com os agentes privados. Também chamada de “intervenção directa”, nos dizeres de Moncada:

A intervenção directa do Estado na economia coloca-o ao mesmo nível dos agentes económicos privados. Claro está que ao intervir na actividade económica, o Estado raramente o faz utilizando para esse fim do aparelho burocrático da Administração Central ou mesmo da desconcentrada. Este não tem, em princípio, vocação económica, muito embora abundem excepções. De um modo geral, quando o Estado quer exercer actividade económica, cria entidades autónomas que, não obstante, controla a diversos títulos e atribui-lhes tal tarefa ou então aproveita o concurso de entidades privadas ou até cooperativas já existentes, interessa-as na colaboração consigo, em prol da realização de fins que relevam de algum modo de um modelo intervencionista do Estado. (MONCADA, 2007, p. 307)

Por neoliberalismo de regulação, tem-se a noção de prevalência da livre iniciativa/concorrência somente dos agentes econômicos privados, com o Estado tendente a ser reduzido ao mínimo de sua influência econômica. “Neste tipo de intervenção, abarca parcialmente a regulação, como já se sabe, o Estado não se comporta como sujeito econômico, não tomando parte activa no processo econômico” (MONCADA, 2007, p. 445).

Nesse regime econômico, da regulação, o mercado é deixado a agir quase integralmente às suas próprias forças, intervindo o Estado apenas de modo a fiscalizar a própria ação dos agentes privados ou impor limites à sua atuação. Nesse caso ocorre o que Moncada (2007, p. 466) chama de polícia econômica, manifestando-se “através da edição de normas legais e regulamentares, da fiscalização da sua observância (vigilância) e de actos administrativos de carácter preventivo (licenças, autorizações) ou repressivo (multas, etc.)”.

Interessante que, mesmo esta forma de atuação do Estado, constringido à apenas regular o mercado, é insuficiente aos ultraliberais, para quem qualquer forma de atuação do Estado na seara econômica é nociva à eficiência do mercado. Nesse sentido, a passagem em Sanches descrevendo essas críticas:

A principal crítica à regulação, tal como foi feita pelos economistas da escola de Chicago, é a de que o objectivo essencial da *modern regulation* não é corrigir as falhas dos mercados privados, mas sim distribuir o rendimento.

Stigler trata principalmente dos esforços feitos por certas actividade para, através de um intensa actividade de *lobbyin* político, conseguirem a criação ou manutenção de barreiras à entrada no seu sector e, deste modo, reforçar o seu domínio do mercado mediante uma situação de concorrência oligopolista ou monopolista. A regulação surge, assim, como uma actividade que implica um desperdício para a economia, uma destruição de valor vs. criação de valor, quer pelos limites á concorrência criados pelas barreiras (legislativas) à entrada em determinados sectores, quer pelo desperdício verificado em actividades não produtivas e dirigidas apenas à partilha de rendimentos entre os vários grupos de interesses. (SANCHES, 2008, p. 77)

Por fim, tem-se o planejamento quando o Estado assume a função de organizar a economia conforme a política econômica adotada, centralizando os comandos e decisões, impondo a todo o mercado a direção a ser tomada e os resultados a serem alcançados. Geralmente, os meios de produção estão nas mãos dos poderes públicos e estar-se diante do Estado socialista. Contudo, esta modalidade é chamada de planificação naqueles Estados para diferenciar-se do planejamento dos Estados sociais ou Democráticos de Direito, onde a iniciativa privada é preponderante no processo produtivo, apesar da atuação estatal nessa área.

A forma de atuação do Estado na economia assumirá, portanto, alguma das formas esquemáticas apresentadas, orientando, assim, sua política econômica, meios e fins, de acordo com a hipótese que se apresente. Porém, o nascedouro da concepção da atividade econômica estatal deverá estar de acordo com a “ideologia constitucionalmente adotada” (SOUZA, 2002, p. 81).

C) Ideologia constitucionalmente adotada

Conforme Souza:

(...) o sentido da Constituição como lei maior, encarregada de absorver a ideologia, sendo esta uma expressão metajurídica. A partir desta absorção lhe terá assegurado o condicionamento jurídico do dado ideológico que, assim, passará a ser o elemento referencial e fundamental das medidas postas em prática na vida econômica do País. (...) configurando a “ideologia constitucionalmente adotada” como base da “política econômica”, ou seja, de toda a prática da vida econômica assim moldada por aquela ideologia. (2002, p. 81)

O discurso de justificação na elaboração do texto constitucional, pressupondo um regime democrático como assumido no capítulo anterior dessa dissertação, aceita a manifestação de variados valores e pretensões políticas diversas sobre os mais determinados assuntos. A partir do momento da positivação da norma, contudo, tais elementos presentes quando de sua elaboração, não mais interessam, valendo, então, a norma positivada.

Quanto ao elemento econômico, não é diferente, já que ele também faz parte do discurso de justificação no momento da elaboração da norma. O debate econômico faz-se, em muitos momentos, emoldurados sob discursos ideológicos puros que, em teoria, pretendiam prevalecer sob outros, impondo seus princípios e verdades como únicos. Assim, tem-se o capitalismo, o socialismo, o comunismo etc., cada um apresentando seu discurso teórico de um modelo de funcionamento econômico da sociedade. O elemento econômico apresenta, pois, forte intensidade política em razão de sua estreita relação com a realidade social (SOUZA, 2002, p. 34).

Acontece que nenhum desses modelos conseguiu se impor de forma pura, encontrando de forma cada vez mais frequente “a combinação de elementos ideológicos procedentes de modelos ‘puros’ e reunidos em um mesmo discurso, ainda que os consideremos conflitantes em sua pureza originária” (SOUZA, 2002, p. 34).

Não há, portanto, qualquer surpresa quanto aos princípios informadores da “ideologia constitucionalmente adotada”, pois esta se afasta de suas origens dos modelos puros, no momento em que ocorre a positivação em normas, para integrarem harmoniosamente o texto constitucional.

Deste modo, não há o que estranhar pelo fato de uma mesma Constituição incorporar princípios ideológicos atribuíveis ao Capitalismo, ao Socialismo ou ao Comunismo como ideologias puras, pois se transfere ao aplicador e ao intérprete o buscar a sua conciliação ou oportunidade de adoção de cada um deles. (SOUZA, 2002, p. 35)

Essa a direção a adotar na elaboração da política econômica, que se deve moldar aos ditames da ideologia constitucional para dar-lhe o devido cumprimento.

D) Ordem econômica: artigo 170 da Constituição Federal

A questão que se apresenta, então, é a de definir os contornos da ideologia da Constituição Federal de 1988 quanto à ordem econômica. Para tanto, é imprescindível a análise de seu texto, especialmente a partir do artigo 170, o qual não é, ressalte-se, o único a tratar sobre a ordem econômica, tampouco resume a ideologia constitucionalmente adotada (PETTER, 2008, p. 164), que se transcreve:

Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado os seguintes princípios. (BRASIL, 2007)

De seu texto, destacam-se dois elementos estruturantes da ordem econômica: (i) a valorização do trabalho humano e (ii) a livre iniciativa. Estes, aliás, são observados, ainda, como fundamentos da república (art. 1º, IV, CF). A primeira ideia que surge seria a de antinomia em razão de cada elemento deste pertencer, em sua origem, a esferas ideológicas diferentes, como o socialismo (trabalho) e o capitalismo (livre iniciativa). Porém, o obstáculo é superado conforme o conceito de ideologia constitucional.

A inserção do elemento trabalho como constitutivo da ordem econômica, conforme a previsão do texto constitucional, não é por acaso, senão o reconhecimento de sua composição na constituição do próprio mercado, haja vista ser encarado como fator de produção, não se olvidando de seu tratamento como custo.

O problema é que o trabalho não pode ser enxergado apenas como um fator de produção, cujo peso deságua no preço final do produto ou serviço oferecido pelo capital. Ora, o trabalho é exercido pelo homem, o qual não pode ser tratado como mero elemento econômico ou mercadoria.

Já se teve a oportunidade de afirmar que:

A evolução nas relações sociais, deve caminhar pela confirmação e respeito da dignidade do trabalhador, visto como ser humano merecedor de todas as proteções decorrente desta situação específica, deslocando-se, então, do simples papel

desempenhado no fato produtivo, objeto de análises e teorias econômicas somente. (VIEIRA; OLIVEIRA, 2010, p. 10736)

Não interessam nesse plano, os detalhes da relação empregatícia, objeto do direito do trabalho, mas o trabalho como objeto de política econômica, isto é, os aspectos econômicos do elemento trabalho na ordem econômica desenhada pela Constituição Federal.

O trabalho humano é, dessa forma, elevado a valor social, de onde parte a estruturação das relações sociais, dele dependendo a sobrevivência do homem, ganhando da Constituição Federal tratamento especial, mesmo que reconhecendo sua relevante inserção como fator de produção. Ao se valorizar o trabalho humano, a Constituição Federal deixa claro que não mais poderá ser tratado como mera mercadoria, mas o conteúdo valorativo social que deve ser respaldado quando observado no fenômeno econômico.

Assim:

(...) não se poderá olvidar que o trabalho, direito de todos e dever do Estado, é muito mais do que um fator de produção. Diz respeito mesmo à dignidade da pessoa humana, merecendo, por tal razão, ser adequadamente compendiado. Apesar de a relação laboral ser estruturada sob a forma de um contrato, não deverá ser examinada sob uma ótica estritamente patrimonialista, havendo de ser equitativamente sopesado o aspecto humanitário que caracteriza tal relação. Valorizar o trabalho, então, equivale a valorizar a pessoa humana, e o exercício de uma profissão pode de deve conduzir à realização de uma vocação do homem. (PETTER, 2008, p. 168)

Por outro lado, a positivação da livre iniciativa como elemento fundante da ordem econômica é, sem dúvidas, a consagração do sistema capitalista de produção a prevalecer no país.

A livre iniciativa, ainda, bem compreendida, não só consubstancia alicerce e fundamento da ordem econômica, como também deita raízes nos direitos fundamentais, aos quais se faz ínsita uma especial e dedicada proteção. Se o *caput* do art. 5º se encarregou de garantir direito à liberdade, no viés econômico ela ganha contornos mais precisos justamente na livre iniciativa. Pois se é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (CF, art. 5º, XIII), esta liberdade compreende também a liberdade de se lançar na atividade econômica, sendo então assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica (CF, art. 170, parágrafo único). (PETTER, 2008, p. 179)

Os dois elementos fundantes da ordem econômica coexistirão, então, de forma harmônica para a consecução do fim anunciado pela Constituição Federal, que é assegurar que todos tenham existência digna, conforme a concepção de justiça social. Ou seja, adotado o sistema capitalista que tem no mercado seu grande alicerce, a Constituição Federal vislumbra à ordem econômica, como seu fim, não o lucro, apesar de não proibido ou

combatido, mas a justiça social.

Em que pese a dificuldade de se conceituar o que seria existência digna, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III, CF, não se pode deixar de entendê-lo no contexto social em cuja realidade o direito realiza-se, como elemento unificador do próprio texto constitucional, evitando-se, entretanto, análises puramente axiológicas ou reducionismos de cunho meramente patrimonialistas, como a noção de mínimo existencial ou, ainda, concepções de fácil retórica.

Porém, indubitável que o princípio está relacionado à redução das desigualdades sociais e regionais, haja vista a ligação que tal princípio tem com o combate à pobreza e às exclusões sociais.

Como observa Grau:

Na sua segunda consagração constitucional, a dignidade da pessoa humana assume a mais pronunciada relevância, visto comprometer todo o exercício da atividade econômica, em sentido amplo – e em especial, o exercício da atividade econômica em sentido estrito – com o programa de promoção da existência digna, de que, repito, todos devem gozar. Daí porque se encontram constitucionalmente empenhados na realização desse programa – dessa política pública maior – tanto o setor público quanto o setor privado. Logo, o exercício de qualquer parcela da atividade econômica de modo não adequado àquela promoção expressará violação do princípio duplamente contemplado na Constituição. (GRAU, 2005, p. 197)

O conceito de justiça social está, por sua vez, intimamente relacionado à ordem econômica como promotora de uma sociedade materialmente mais igualitária, ou seja, que a existência digna seja coletivamente considerada.

Daí não guardarem adequação ao ideal de justiça formas de desenvolvimento que sejam medidas exclusivamente em função do crescimento econômico. A centralidade da pessoa humana, em sua dignidade, como fonte inspiradora do agir hermenêutico, põe em destaque que o verdadeiro desenvolvimento há de significar a transposição de melhores condições de vida para todos, realizando a justiça social. (PETTER, 2008, p. 204)

Nesse significado, incluem-se condições materiais dignas de existência coletiva, de forma que a distribuição da riqueza produzida seja feita de forma mais equânime, evitando-se, assim, a sua concentração excessiva, neste sentido são os dizeres de Grau:

Justiça social, inicialmente, quer significar superação das injustiças na repartição, a nível pessoal, do produto econômico. Com o passar do tempo, contudo, passa a conotar cuidados, referidos à repartição do produto econômico, não apenas inspirados em razões micro, porém macroeconômicas: as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista. (GRAU, 2005, p. 224)

Portanto, não há que se confundir o conceito de justiça social com o discurso de aplicação, característico do poder jurisdicional. Justiça social sequer pode ser tratada no plano formal de existência, relacionando-se, assim, ao discurso de justificação na elaboração da política econômica (GRAU, 2005, p. 223).

Por fim, sobre a ordem econômica, importantes as palavras de Grau no sentido de que:

A ordem econômica na Constituição de 1988 é uma ordem econômica aberta. Nela apenas podem detectar um modelo econômico acabado aqueles que tem uma visão estática da realidade; para eles, estática também há de ser a Constituição – a uma visão estática dos fatos sociais apenas pode corresponder, já o afirmei, uma visão também estática do direito.

A Constituição é um dinamismo.

Assim, a ordem econômica de que cuido, a ser complementada pelo legislador ordinário, no quadro dos seus princípios – e, saliento, não há nenhum mal em que a Constituição a ele atribua essa tarefa, de dar concreção aos princípios – veicula uma ideologia que não se fecha em si própria. (GRAU, 2005, p. 315)

Entretanto, para esse fim, devem-se observar os conceitos de desenvolvimento e democracia.

E) Ordem econômica: desenvolvimento e democracia

Se anteriormente foram apresentados os elementos da ideologia constitucional a dar a feição à política econômica, resta apresentar a “alma” dessa ideologia, que seria composta por dois conceitos essenciais: desenvolvimento e democracia. São estes, na verdade, os elementos presentes na genética constitucional e que, então, deverão fomentar a política econômica de acordo com suas características.

No entanto, essas características vão muito além da simples conceituação de Estado de Bem-estar Social, o qual Grau (2005) defende ser o modelo proposto pela Constituição Federal. Ora, esse modelo perde-se numa situação de ressarcimento da desigualdade material que assume como próprio, isto é, a condição social é caracterizada pela desigualdade social cuja reparação é assumida pelo Estado, guardando contornos conformistas. Por sua vez, o Estado Desenvolvimentista, como se verá a seguir, pressupõe uma profunda modificação da realidade social, de forma positiva, fortemente influenciado por desdobramentos econômicos, abdicando das meras concessões reparadoras do *Welfare State*, possibilitando a autonomia do indivíduo, descartando-se nesse ponto, contudo, a noção atomizada do liberalismo clássico.

O elemento desenvolvimento está constitucionalmente previsto no artigo 3º, II, CF, como um dos objetivos fundamentais da república, além de outros dispositivos, tais como o artigo 174, §1º; artigo 182; artigo 192; artigo 205; artigo 218. Assim, é conceito que compõe normas constitucionais capazes de irradiar eficácia por todo o conjunto do ordenamento jurídico e, por isto, deve ser analisado como tal, mormente o artigo 3º, II. Ademais, conjugado a esse enunciado normativo, tem-se o previsto no inciso I do mesmo artigo, relativo à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e no inciso III que é “o reconhecimento explícito de marcas que caracterizam a realidade nacional: pobreza, marginalização e desigualdades, sociais e regionais” (GRAU, 2005, p. 218).

O conceito de desenvolvimento vem das Ciências Econômicas e agrega elementos típicos das relações econômicas e da estrutura social, não se restringindo, assim, ao crescimento econômico, apesar de com ele ter profundas relações. Nos dizeres de Grau:

(...) a idéia de desenvolvimento supõe dinâmicas mutações e importa em que se esteja a realizar, na sociedade por ele abrangida, um processo de mobilidade social contínuo e intermitente. O processo de desenvolvimento deve levar a um salto, de uma estrutura social para outra, acompanhado da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário. Daí porque, importando a consumação de mudanças de ordem não apenas quantitativa, mas também qualitativa, não pode o desenvolvimento ser confundido com a idéia de crescimento. Este, meramente quantitativo, compreende uma parcela da noção de desenvolvimento. (GRAU, 2005, p. 216)

Assim, conforme Souza (2005), o desenvolvimento se apega à noção de rompimento de um equilíbrio estabilizador neutro de relações socioeconômicas desfavoráveis. Nas suas próprias palavras:

O dado referencial, diferenciador, pode ser tomado, portanto, como a idéia de “equilíbrio”, a ele prendendo-se a de “desequilíbrio”. No “crescimento”, tem-se o “equilíbrio” das relações entre os componentes do todo, podendo haver o seu aumento quantitativo ou qualitativo, porém mantidas as proporções dessas relações. No “desenvolvimento”, rompe-se tal “equilíbrio”, dá-se o “desequilíbrio”, modificam-se as proporções no sentido positivo. Se tal se verificasse em sentido negativo, teríamos o retrocesso, a recessão, embora também como forma de “desequilíbrio”, pois igualmente rompido estaria o *status quo ante*. (SOUZA, 2005, p. 399)

Insistindo nessa mesma direção, Bercovici (2005, p. 53) deixa claro que para a ocorrência do desenvolvimento há a necessidade da transformação das modificações sociais, caso contrário o que poderá ocorrer é o mero crescimento modernizante que “é aquele que ocorre com a modernização, sem qualquer transformação nas estruturas econômicas e sociais”.

Deve-se, ainda, fazer uma ressalva. Paralelo ao conceito de desenvolvimento, tem-se o do fenômeno do subdesenvolvimento, atualmente chamado pelo eufemismo “em desenvolvimento”, situação na qual o Brasil, inegavelmente, encontra-se.

Antes, esclarece-se que o subdesenvolvimento não é um estágio que se deve passar para se alcançar o desenvolvimento, mas um fenômeno autônomo com características próprias, que ocorre simultaneamente ao desenvolvimento (BERCOVICI, 2005, p. 52). Furtado (1983, p. 142) afirma que o subdesenvolvimento é “um processo histórico autônomo, e não uma etapa pela qual tenham, necessariamente, passado as economias que já alcançaram grau superior de desenvolvimento”.

Conforme Comparato, o subdesenvolvimento assume as seguintes características:

É que o subdesenvolvimento apresenta características originais, inteiramente desconhecidas até o século passado. Os países subdesenvolvidos não são totalmente ricos nem totalmente pobres, assim como não se apresentam tampouco como países homogeneamente modernos ou atrasados. Há sempre, no contexto do subdesenvolvimento, uma oposição ou tensão entre um pólo rico e um pólo pobre, um setor moderno e um setor arcaico. Mais do que isso: essa tensão ou oposição é crescente e tende, deixadas as forças sociais ao livre jogo de seus interesses próprios, a se agudizar com o processo de concentração de renda. O subdesenvolvimento é um estado dinâmico de desequilíbrio econômico e de desarticulação social. (COMPARATO, 1989, p. 103)

No caso do subdesenvolvimento, a quebra do padrão estabelecido exigirá um esforço concentrado a partir do Estado na elaboração de uma política econômica adequada à superação desse fenômeno, no que concordam Souza (2005), Bercovici (2005), Nusdeo (2008), Grau (2005) e Clark (2001), para o salto em direção ao desenvolvimento que, a partir do momento que seja alcançado, deixa de ser uma evolução para se tornar uma situação consolidada, quando, então, ter-se-á crescimento econômico e não mais desenvolvimento, pois este já foi atingido (NUSDEO, 2008, p. 355).

Ora, tal situação ocorre por ser o desenvolvimento uma situação complexa de transformação total da sociedade não pautada em mero crescimento modernizante, mas na modificação social cultural profunda, atingindo-se patamares elevados nas relações socioeconômicas. Aliás, como afirma Nusdeo (2008, p. 363), o desenvolvimento econômico não pode ser considerado um fim em si mesmo, “mas um meio, um grande e complexíssimo meio para se chegar ao objetivo final: a melhor qualidade de vida – para a qual o acesso a maior quantidade de bens de consumo é apenas um ingrediente”.

O desenvolvimento tem, portanto, feição complexa cuja análise deve levar em consideração as condições materiais envolvidas no seu acontecimento.

A questão da natureza abstrata ou histórica do método com que trabalha o economista não é independente, destarte, dos problemas que o preocupam. O desenvolvimento econômico é um fenômeno com uma nítida dimensão histórica. Cada economia que se desenvolve enfrenta uma série de problemas que lhe são específicos, se bem que muitos deles sejam comuns a outras economias contemporâneas. O complexo de recursos naturais, as correntes migratórias, a ordem institucional, o grau relativo de desenvolvimento das economias contemporâneas singularizam cada fenômeno histórico de desenvolvimento. (FURTADO, 1983, p. 16)

Ao contrário, surtos de crescimento geralmente induzidos a partir de provocações externas, não tem a capacidade de rompimento dos padrões sociais, mesmo que por um determinado momento provoque o aumento do nível da atividade econômica e da renda, que tendem a voltar aos patamares originais cessadas as causas que o provocou (NUSDEO, 2008), sendo relevante destacar a consideração trazida por Furtado (1983, p. 17) da importância do aumento da renda real *per capita* em decorrência do aumento da produtividade econômica global para o processo de desenvolvimento.

Assim, a ideologia constitucional prevista na Constituição Federal, reveste-se de cores desenvolvimentistas, não podendo limitar-se ao conceito de Estado de Bem-estar Social, que padece de um conformismo crônico, alimentando, portanto, a motivação de transformação social positivada no texto constitucional. Nesse sentido que deve, então, ser elaborada a política econômica.

Conforme Habermas:

(...) o princípio da democracia destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito. Ele significa, com efeito, que somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva. (HABERMAS, 2003, p. 145)

O paradigma do Estado Democrático de Direito proposto por Habermas (2003), decorre da profunda secularização da sociedade, que somente pode legitimamente resolver suas pretensões num ambiente de democracia radical. Assim é pela complexidade e pluralismo assumidos por uma sociedade pós-moderna, cujos valores ético-políticos não podem mais ser homogeneizados, conforme estudado no primeiro capítulo dessa dissertação.

Dessa forma se viabiliza a proposta procedimentalista do direito habermasiana, cunhada a partir do princípio democrático, que impõe a legitimidade do direito a partir da participação discursiva-deliberativa de todos os sujeitos do direito.

Como afirmado anteriormente, o Estado de Direito se prende à noção de legalidade, no

pressuposto da teoria discursiva de Habermas (2003), pretendendo a legitimidade do poder nesses termos. Portanto, o exercício da atividade de elaboração da política econômica esta inserido, também, no âmbito do Estado Democrático de Direito, assumido pelo artigo 1º, CF.

Deve-se, assim, afastar a imposição de discurso econômico único, permitindo a abertura da elaboração da política econômica a participação dos indivíduos da sociedade como sujeitos do direito. Por certo, a legitimidade da política econômica, como elemento integrado ao próprio direito, decorrerá apenas se submetida ao filtro do princípio democrático, como já exposto.

Aliás, é como afirma Clark:

As complexidades sociais, os antagonismos de interesses e os ventos democráticos, dentro da sociedade pós-moderna, não permitem mais a produção de normas jurídicas estatais, principalmente as de Direito Econômico, formuladas unilateralmente pelos governantes e seus estafes burocráticos, sempre sujeitos as influências de “invisíveis” grupos de pressões.

(...)

Não existe democracia participativa se os segmentos sociais organizados, e até mesmos os desorganizados, não construírem coletivamente os parâmetros legais das políticas econômicas ditas pelo Direito Econômico. (CLARK, 2008, p. 32-33)

A exigência do controle social em relação à elaboração da política econômica é forma de se evitar o uso abusivo do poder manifestado no fenômeno econômico. Ora, deve-se levar em conta que políticas econômicas públicas ou privadas produzem efeitos colaterais, como o desemprego, a exclusão em geral e que necessitam de políticas sociais para combater tais efeitos, as quais, por sua vez, acabam por produzir consequências econômicas.

De acordo com Nusdeo:

(...) muitas vezes será mais importante e melindroso decidir o meio do que concordar com o fim, o que exige um permanente controle social sobre o processo de formulação e aplicação da política econômica. Esta, fora de controle, pode assumir feições totalitárias, ainda quando formalmente inserida num processo democrático. (NUSDEO, 2008, p. 173)

A política econômica, então, somente será legítima, se elaborada conforme a ideologia constitucional, a qual assume nítidos contornos desenvolvimentistas, ou seja, pressupondo profunda modificação nas estruturas socioeconômicas e quando elaborada, nos termos do Estado Democrático de Direito, pelo filtro do princípio democrático, conforme a proposta discursiva-deliberativa habermasiana.

Por fim, afirma-se que desenvolvimento e democracia não são conceitos indiferentes um ao outro, não se negam e nem se excluem, ao contrário, se complementam e se enlaçam num único fim que é a legitimidade da vida em sociedade.

4 PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA

4.1 – Contexto brasileiro – alguns números

Antes de iniciar-se a análise do Programa Bolsa Família - PBF, é interessante, para ilustrar o contexto de sua implantação e seus impactos tanto como política pública de materialização de direito fundamental social, quanto elemento de política econômica, observar alguns números estatísticos relativamente ao contexto socioeconômico brasileiro.

Conforme dados fornecidos pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome - MDS, órgão da administração pública federal, responsável pela implantação e gerencialmente do programa, o PBF atende atualmente, 12.778.220 (doze milhões, setecentos e setenta e oito mil e duzentas e vinte mil) famílias, em média, um pouco mais que cinquenta milhões de pessoas, representando um repasse mensal de R\$ 1.239.042.080,00 (um bilhão, duzentos e trinta e nove milhões, quarenta e dois mil e oitenta reais), atingindo 98,33% (noventa e oito por cento e trinta e três décimos) do total de famílias pobres no perfil estipulado para o programa, conforme tabela abaixo fornecida pelo MDS:

TABELA 1

Transferência de Renda								
Programa		Famílias	Repasse Mensal	Repasse até dez/10	IGD (Recurso Municipal+Estadual)			
Bolsa Família		12.778.220	1.239.042.080,00	14.372.702.865,00	Recurso Mensal	set/10	mai/10	25.081.312,22
Cartão Alimentação		6.934	346.700,00	4.802.700,00				
Total		12.785.154	1.239.388.780,00	14.377.505.565,00	Recurso acum. até	set/10	mai/10	221.219.726,50
Estimativa de famílias pobres no perfil Bolsa Família (Pnad 2006): 12.995.195 / Cobertura: 98,33%								
Estimativa de famílias pobres no perfil Cadastro Único (Pnad 2006): 22.231.781 / Cobertura: 57,48%								

TOTAL REPASSADO EM 2010:	14.598.725.291,50
---------------------------------	--------------------------

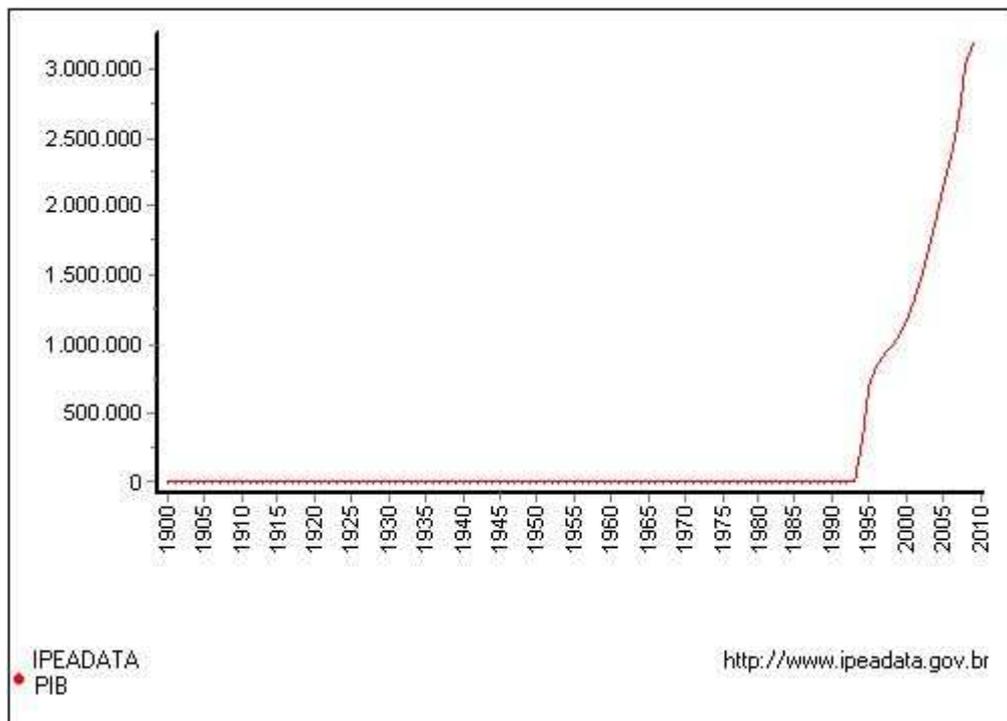
Legenda

- Não disponível.
- ↪ Não se aplica aos critérios do programa/ação ou não se candidatou ao edital ou não foi selecionado.

Fonte: Ministério do Desenvolvimento e Combate à Fome (BRASIL, MDS, 2011)

Segundo dados do Censo 2010, fornecido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, o Brasil conta com 185.712.713 (cento e oitenta e cinco milhões, setecentos e doze mil e setecentos e treze) habitantes (BRASIL, IBGE, 2010), para um Produto Interno Bruto – PIB⁷, de R\$ 3.185.125.369.000,00 (três trilhões, cento e oitenta e cinco bilhões, cento e vinte cinco milhões, trezentos e sessenta e nove mil reais).

GRÁFICO 1 - PIB (EM MILHÕES)



Fonte: IPEA – Instituto de Pesquisas Econômicas aplicadas (IPEA, 2011b)

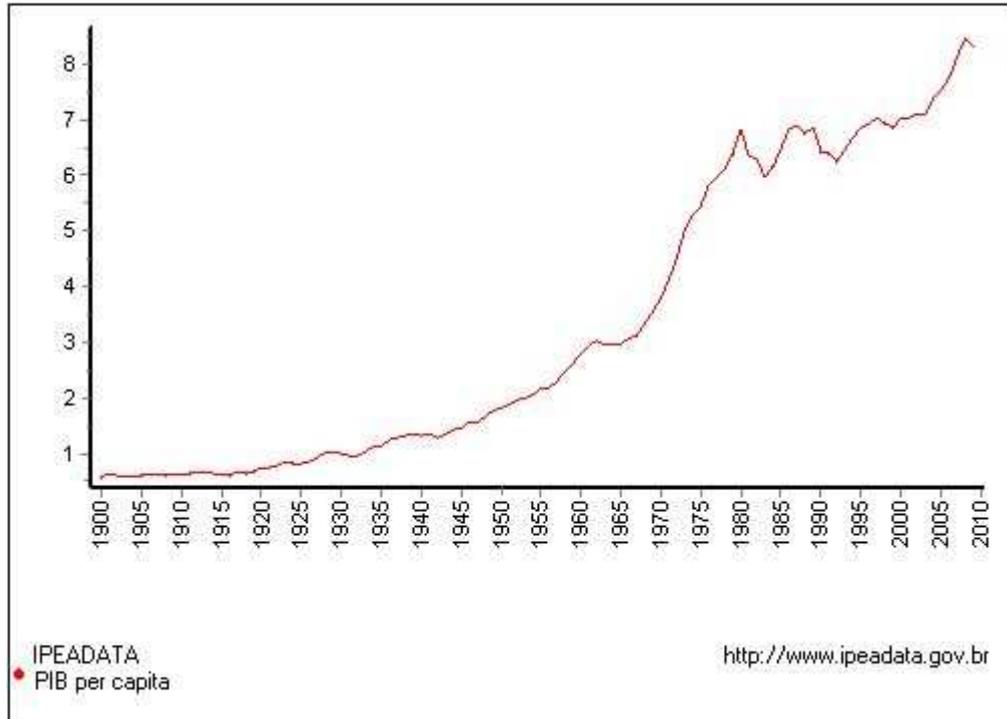
O PIB *per capita*⁸, segundo o IPEA para o ano de 2009, é de US\$ 8.330,00 (oito mil, trezentos e trinta dólares americanos), convertidos na cotação dólar/real na data de 19/01/2011, em R\$ 1,67 (um real e sessenta e sete centavos) para compra, conforme valores fornecidos pelo Banco Central do Brasil (BACEN, 2011), seria de R\$ 13.911,10 (treze mil, novecentos e onze reais e dez centavos).

O rendimento médio do trabalhador assalariado no terceiro trimestre de 2010 foi de R\$ 1.506,00 (mil, quinhentos e seis reais) para um salário mínimo de R\$ 510,00 (quinhentos e dez reais) (IPEA, 2011c).

GRÁFICO 2 - EVOLUÇÃO DO PIB *per capita* (em dólares americanos)

⁷ PIB – Produto Interno Bruto é a soma de todas as riquezas produzidas pelo país em um determinado espaço de tempo

⁸ PIB *per capita* é a divisão de todas as riquezas produzidas pelo país pelo número absoluto de habitantes.



Fonte: IPEA – Instituto de Pesquisas Econômicas aplicadas (IPEA, 2011d)

O índice GINI⁹ do Brasil atingido no ano de 2009 (IPEA, 2011) foi de 0,543, revelando um país que ainda guarda intensa desigualdade social, com alta concentração da riqueza em parcela menor da população, pois, os coeficientes acima de 0,5 são indicativos de altos graus de desigualdade (NUSDEO, 2008, p. 353).

Na comparação com outras nações, o Brasil também não se sai muito bem. Apesar de seu Índice de Desenvolvimento Humano - IDH¹⁰ medido pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, ser considerado de alto desenvolvimento, ficamos muito atrás da maioria dos países, inclusive dos vizinhos da América Latina. Assim, conforme o Relatório do IDH/PNUD 2009 (PNUD, 2009), o Brasil ficou em 75º (septuagésimo quinto) lugar, considerado como de elevado desenvolvimento, ficando seu índice acima de 0,800 (PNUD, 2009).

⁹ Mede o grau de desigualdade na distribuição da renda domiciliar per capita entre os indivíduos. Seu valor pode variar teoricamente desde 0, quando não há desigualdade (as rendas de todos os indivíduos têm o mesmo valor), até 1, quando a desigualdade é máxima (apenas um indivíduo detém toda a renda da sociedade e a renda de todos os outros indivíduos é nula). Fonte: IPEA, 2011

¹⁰ Além de computar o PIB per capita, depois de corrigi-lo pelo poder de compra da moeda de cada país, o IDH também leva em conta dois outros componentes: a longevidade e a educação. Para aferir a longevidade, o indicador utiliza números de expectativa de vida ao nascer. O item educação é avaliado pelo índice de analfabetismo e pela taxa de matrícula em todos os níveis de ensino. A renda é mensurada pelo PIB per capita, em dólar PPC (paridade do poder de compra, que elimina as diferenças de custo de vida entre os países). Essas três dimensões têm a mesma importância no índice, que varia de zero a um.

4.2 – Estrutura do Programa Bolsa Família

O objeto de estudo desse trabalho de pesquisa, conforme bem exposto na sua introdução, é o Programa Bolsa Família, instituído pela Lei nº 10.836/2004 (BRASIL, 2004), em duas vertentes que pode apresentar: concretização de direito fundamental social como política pública redistributiva de riqueza, erguida sobre a renda mínima garantida aos que necessitam e como elemento a compor política econômica no fomento de consumo interno, integrando, assim, o fato econômico.

Nesses termos, passar-se-á a detida análise de seus fundamentos teóricos e legais/constitucionais, conforme a proposta de trabalho.

4.2.1 – Aspectos gerais

O PBF foi instituído em 2004 a partir da unificação de quatro programas assistenciais federais, quais sejam, o Bolsa Escola, o Fome Zero, o Bolsa Alimentação e o Vale Gás, conforme o §1º do artigo 1º da referida lei (BRASIL, 2004).

O programa surge, então, num esforço de alcançar melhores resultados com as políticas públicas destinadas a atender a população carente, haja vista que o “(...) caráter altamente centralizado, burocratizado, fragmentado, privatista, excludente e de baixa eficácia e eficiência social (...)” (SENNA et al, 2007, p. 87) sempre caracterizou tais políticas no contexto brasileiro.

Assim, interessantes as colocações sobre política pública social que seguem, considerados verdadeiros desafios para os quais o PBF foi concebido para enfrentar.

Dois traços característicos da política social brasileira vêm se destacando enquanto questões-chave a serem enfrentadas: a) os segmentos pobres são os que tradicionalmente têm maiores dificuldades de acessar os bens e serviços sociais, contribuindo para a persistência da desigualdade social; e b) a falta de interação entre os diferentes setores de governo, entre governo e sociedade e a conseqüente dificuldade de coordenação das ações desenvolvidas. (SENNA et al, 2007, p. 87)

O PBF caracteriza-se, principalmente, por dois pontos: a transferência de renda e a condicionalidade a que são submetidos aqueles que são beneficiados. A transferência

monetária, traduzindo uma garantia de renda mínima, tem a vantagem de reduzir os custos administrativos de operação do programa e ressaltar a autonomia de quem recebe o benefício para suas próprias escolhas em relação às suas necessidades (SENNÁ et al, 2007, p. 87). Quanto às condicionalidades, para questionamento sobre sua legitimidade, haja vista que se configurariam como restrição a direito social, limitando a própria cidadania (MONNERAT, 2007, p. 1455).

O PBF se divide em dois principais objetivos, que são, “(i) minorar a privação de renda de famílias pobres no curto prazo; (ii) quebrar o ciclo intergeracional de transmissão de pobreza” (SOARES et al, 2007, p. 1), para tanto, estrutura-se em quatro pontos organizacionais: público alvo (foco) e condições de acesso ao programa; condicionalidades; descentralização administrativa e intersetorialidade; controle social, que passarão a ser analisados a seguir.

4.2.2 – População alvo (foco) e condições de acesso

O PBF elegeu a família como núcleo social específico para o qual são voltadas suas ações, abandonando a noção corriqueira de atenção isolada ao indivíduo, ao mesmo tempo que alarga o conceito tradicional de família, conforme o inciso I do § 1º do artigo segundo da lei (BRASIL, 2004). Com efeito, ocorre um alargamento do conceito de família, abrangendo outros indivíduos, não necessariamente parentes, mas que vivem sobre o mesmo teto em colaboração para sobrevivência.

Acredita-se que ao proteger a família, a chance de estabelecer melhores condições de vida ao indivíduo ficariam maiores, otimizando os recursos empregados na política pública, oferecendo, assim, resultados mais efetivos ao que se propõe, além do óbvio fortalecimento dos laços sociais, o que, aliás, vai na direção do texto da Constituição Federal, em seu artigo 226, que declara ser a família base da sociedade com especial proteção do Estado.

(...) o tema família adquire novas especificidades em razão do reconhecimento de uma inequívoca situação de desemprego estrutural que afeta a já frágil capacidade das famílias enfrentarem os desafios de reprodução social de seus membros. Nesse sentido, são grandes as expectativas de se alcançar melhores resultados a partir da implementação de programas e políticas que considerem a família como sujeito importante no processo de proteção social. Dissemina-se, então, a idéia de que os programas sociais têm maior possibilidade de otimizar recursos quando passam a focar a família ao invés do indivíduo. Como defende Draibe (1997), a decisão de se

tomar a família como unidade de intervenção está respaldada no argumento de que as políticas de proteção à família teriam maior potencial de impactar as condições de vida da população pobre. (SENNA et al, 2007, p. 89)

Ao mesmo tempo em que se estabelece a família como núcleo central em torno do qual irá girar o PBF, a lei instituidora (BRASIL, 2004) cria um critério ao estabelecer uma linha divisória, para classificar as famílias como pobres e extremamente pobres, as quais serão, então, beneficiadas com a transferência dos recursos financeiros, desde que contém, ainda, com gestantes, nutrizes, crianças e adolescentes até dezessete anos, conforme o artigo 2º e incisos da lei nº 10.836/04 (BRASIL, 2004).

Assim, os benefícios serão concedidos às famílias divididas em dois grupos, as extremamente pobres e as pobres. O Benefício Básico, de R\$ 68,00 (sessenta e oito reais) é pago às famílias consideradas extremamente pobres, com renda mensal de até R\$ 70,00 (setenta reais) por pessoa, mesmo que elas não tenham crianças, adolescentes ou jovens. O Benefício Variável, de R\$ 22,00 (vinte e dois reais), é pago às famílias pobres, com renda mensal de até R\$ 140,00 (cento e quarenta reais) por pessoa, desde que tenham crianças e adolescentes de até quinze anos. Cada família pode receber até três benefícios variáveis, ou seja, até R\$ 66,00 (sessenta e seis reais). O Benefício Variável Vinculado ao Adolescente (BVJ), de R\$ 33,00 (trinta e três reais), é pago a todas as famílias do programa que tenham adolescentes de dezesseis e dezessete anos frequentando a escola. Cada família pode receber até dois benefícios variáveis vinculados ao adolescente, ou seja, até R\$ 66,00 (sessenta e seis reais).

Os valores dos benefícios e suas combinações são os discriminados na tabela que se segue:

TABELA 2

Famílias com renda familiar mensal de até R\$ 70

Número de crianças e adolescentes de até 15 anos	Número de jovens de 16 e 17 anos	Tipo de benefício	Valor do benefício
0	0	Básico	R\$ 68,00
1	0	Básico + 1 variável	R\$90,00
2	0	Básico + 2 variáveis	R\$ 112,00
3	0	Básico + 3 variáveis	R\$ 134,00
0	1	Básico + 1 BVJ	R\$ 101,00
1	1	Básico + 1 variável + 1 BVJ	R\$ 123,00
2	1	Básico + 2 variáveis + 1 BVJ	R\$ 145,00

3	1	Básico + 3 variáveis + 1 BVJ	R\$ 167,00
0	2	Básico + 2 BVJ	R\$ 134,00
1	2	Básico + 1 variável + 2 BVJ	R\$ 156,00
2	2	Básico + 2 variáveis + 2 BVJ	R\$ 178,00
3	2	Básico + 3 variáveis + 2 BVJ	R\$ 200,00

Famílias com renda familiar mensal de R\$ 70 a R\$ 140 por pessoa

Número de crianças e adolescentes de até 15 anos	Número de jovens de 16 e 17 anos	Tipo de benefício	Valor do benefício
0	0	Não recebe benefício básico	-
1	0	1 variável	R\$ 22,00
2	0	2 variáveis	R\$ 44,00
3	0	3 variáveis	R\$ 66,00
0	1	1 BVJ	R\$ 33,00
1	1	1 variável + 1 BVJ	R\$ 55,00
2	1	2 variáveis + 1 BVJ	R\$ 77,00
3	1	3 variáveis + 1 BVJ	R\$ 99,00
0	2	2 BVJ	R\$ 66,00
1	2	1 variável + 2 BVJ	R\$ 88,00
2	2	2 variáveis + 2 BVJ	R\$ 110,00
3	2	3 variáveis + 2 BVJ	R\$ 132,00

Fonte: Ministério do Desenvolvimento e Combate à Fome (BRASIL, MDS, 2011b)

4.2.3 - Condicionalidades

Alvo de ressalvas por, em tese, restringirem o próprio direito social referente ao benefício, além da crítica de que “(...) a lógica da contrapartida exigida no PBF está embasada numa perspectiva de que os direitos sociais são definidos de forma ‘contratual’, articulando direito e obrigação” (MONNERTA et al, 2007, p. 1461), são contrapartidas exigidas dos beneficiados para que continuem inseridos no programa.

As condições ou contrapartidas são as previstas no artigo 3º da lei nº 10.836/04 (BRASIL, 2004), sendo “(...) exame pré-natal, ao acompanhamento nutricional, ao acompanhamento de saúde, à frequência escolar de 85% (oitenta e cinco por cento) em estabelecimento de ensino regular, sem prejuízo de outras previstas em regulamento”.

Dentro de uma polêmica mais ampla, relativamente à oposição entre renda mínima e

direito ao trabalho, que a espécie de política pública representada pelo PBF enfrenta, questiona-se se as condicionalidades seriam incompatíveis aos direitos sociais, pois teriam o condão de restringir direito de cidadania, o que seria melhor satisfeito com transferências de renda incondicionais (MONNERAT et al, 2007, p. 1456). Tal polêmica é melhor explicada pelas próprias palavras dos autores:

No entanto, quanto a este debate, é preciso, em primeiro lugar, ter em mente que a contrapartida exigida não se configura em termos de contribuição financeira tal como no passado meritocrático de nossa política social. Mas isso, de fato, é insuficiente para descartar a reflexão sobre a pertinência ou não desta exigência. Assim, permanece a questão: a contrapartida é uma cobrança indevida, já que o direito é uma prerrogativa dos membros de uma sociedade? Ou é aceitável, principalmente no caso brasileiro, porque se trata de envolver as famílias num circuito virtuoso de direitos e deveres com potencial para ultrapassar o assistencialismo e fomentar a cultura cívica e garantir o acesso a uma rede extensa de proteção social? (MONNERATA et al, 2007, p. 1460)

4.2.4 – Descentralização administrativa e intersectorialidade

Se uma das características das anteriores políticas sociais que levava à baixa efetividade era relacionada à sua gestão, o PBF inova ao descentralizar sua administração com a participação dos três níveis federados, incluído o Distrito Federal, conforme os artigos 4º, 5º e 8º da lei nº 10.836/04 (BRASIL, 2004), destacando-se a importância dos Municípios no controle e gestão do programa, já que, de acordo com o artigo 9º, será no âmbito local que se dará sua administração derradeira.

Esta configuração na gestão do programa é bem vinda, haja vista as discrepâncias regionais quanto ao desenvolvimento brasileiro. Nesse caso, quer-se evitar a competição entre os entes federados, implanto uma política de cooperação entre eles, de forma a racionalizar o emprego de recursos nos programas de assistência social, evitando, portanto, sobreposições deficitárias.

Diversos estudos (ARRETCHE, 2000; SOUZA; CARVALHO, 1999) têm salientado que a descentralização provocou um aumento da autonomia das instâncias subnacionais de governo, favoreceu a ampliação dos espaços de participação e a emergência de experiências inovadoras em relação aos programas sociais. Ao mesmo tempo, reconhecem que as desigualdades existentes no Brasil se refletem também em profundas diferenças nas condições financeiras, políticas e administrativas de estados e municípios, afetando sua capacidade de resposta às necessidades da população e aos novos papéis que lhes são atribuídos. Nesse sentido, talvez um dos maiores obstáculos seja a persistência de uma lógica de relacionamento intergovernamental fortemente competitiva, em detrimento de

interações cooperativas. (SENNA et al, 2007, p. 91)

Como efeito, o PBF não se destina apenas à transferência de renda, como se fosse um pararraios das tensões sociais crescentes decorrentes da desigualdade social. A proposta é de plena inserção social dos que são beneficiados, permitindo que, com o tempo, não precisem mais do benefício, isto é, o PBF para a família beneficiada seria um instrumento provisório a impeli-la para fora dos critérios apontados para concessão, traduzindo-se numa melhoria das condições de vida dos beneficiados, como se pode ler no artigo 4º da lei nº 10.836/04 (BRASIL, 2004), quando especifica o objetivo de “(...) apoiar iniciativas para instituição de políticas públicas sociais visando promover a emancipação das famílias beneficiadas pelo Programa (...)”.

O PBF, então, envolverá ações outras no tocante à estruturação das famílias para que seus componentes possam inserir-se plenamente na sociedade, exigindo ações dos mais variados níveis e setores da Administração Pública. São estas ações na realidade, as que irão compor as chamadas “portas de saída” do programa, evidenciando-se o caráter provisório deste, já que destinado a promover a emancipação dos que são beneficiados com seus recursos.

Ademais, é preciso considerar que a perspectiva de inclusão social ao Bolsa Família está também ancorada na oferta de programas complementares (tais como programas de geração de emprego e renda, cursos profissionalizantes, microcrédito, compra de produção agrícola, oficinas de ‘empreendedorismo’ e apoio a iniciativas de economia solidária, entre outros) que, em tese, deve ser implementada de forma cooperativa entre os diferentes níveis de governo e com base na intersetorialidade das ações. Isso mostra o reconhecimento de que as ações básicas de saúde e educação isoladas não são suficientes para alcançar os objetivos do Programa. (SENNA et al, 2007, p. 90)

Assim, tem-se a necessidade de outras políticas econômicas e sociais, seja para o emprego, educação, saúde e mercado interno, sem os quais se corre o risco da manutenção permanente do PBF no sentido de não promoção da emancipação de seus beneficiários.

A fim de amainar o efervescente caldeirão social e os índices de desigualdades, implantou-se o Programa Bolsa Família (Lei nº 10.836, de 9.4.2004) no intuito de complementar a renda das famílias miseráveis, de viabilizar o ingresso e a permanência das crianças pobres na escola e de melhorar os níveis de saúde. Apesar de o programa ser socialmente justo e carrear minguados recursos financeiros aos excluídos, aquele não vem acompanhado de planejadas políticas públicas voltadas para transformação do país e para a redução dos lucros. (SOUZA; CLARK, 2008, p. 40)

4.2.5 – Controle social e participação comunitária

A lei nº 10.836/04 (BRASIL, 2004) é expressa quanto à participação comunitária e o controle social na execução e gestão do PBF, de acordo com o artigo 8º, atendendo a preceitos de democratização da administração de recursos públicos, sendo disciplinado pelo artigo 29 do decreto nº 5.209/2004 (BRASIL, 2004b), que determina nos conselhos que exercerão o controle social, representação paritária entre sociedade e integrantes do governo.

A participação comunitária é ainda mais relevante quando observados os termos do parágrafo único do artigo 9º da lei nº 10.836/04 (BRASIL, 2004), cujo *caput* ressalva que tal participação será feita no âmbito local, mas que de forma alguma será remunerada, o que evidencia a participação social pelo interesse com o espaço público.

4.3 – O Programa Bolsa Família como implementação de Direito Fundamental Social

Habermas (2003), como já apontado, divide os direitos fundamentais em cinco categorias estruturadas na direção do princípio do discurso, quais sejam, direito à liberdade de manifestação, à associação, ao acesso ao judiciário, à igualdade de oportunidades e sociais. Assim, num ambiente que irá revelar a importância mútua da autonomia pública e da autonomia privada na conformação do Estado Democrático de Direito.

As quatro primeiras categorias de direitos fundamentais dizem respeito à participação do indivíduo no debate, isto é, o direito ao falar e à igualdade de oportunidades de falar. Nesse aspecto, os direitos sociais aparecem como quinta categoria com o objetivo de garantir materialmente, na medida do necessário, as quatro categorias anteriores.

Deve-se reconhecer que a participação efetiva no discurso depende da própria realidade socioeconômica do indivíduo, pois em situações extremas de carência não se pode esperar ânimo ao debate. É como afirma Cruz (2007, p. 365) “de que não há participação em o que quer que seja sem um mínimo de comida, educação e saúde”.

O caso brasileiro é exemplar quanto a isto. Ora, é realidade a consolidação democrática no país desde a redemocratização com a Constituição Federal de 1988. Não há perfeição, é verdade, o que, ademais, também não ocorre em outros Estados democráticos, mesmo os altamente desenvolvidos. Porém, é inegável o fortalecimento das instituições

jurídico-políticas, dos procedimentos legais legítimos, da liberdade de manifestação, da resolução institucional das crises, da ocorrência de eleições livres e periódicas etc.

Mas é consenso também, que a formação histórica de exclusão e marginalização social e econômica de grande parcela da população nacional, ainda se faz presente. Como visto na Tabela 1 (p. 97) em relação aos dados fornecidos pelo MDS, estima-se que se tenha cerca de treze milhões de famílias no perfil a receber o benefício do PBF, isto é, cuja renda per capita não alcança R\$ 140,00 (cento e quarenta reais). Assim, considerando uma média de quatro pessoas por família, ter-se-ia cerca de cinquenta e duas milhões de pessoas atendidas pelo programa, o que equivale a aproximadamente $\frac{1}{4}$ (um quarto) ou 25% (vinte e cinco por cento) da população total do Brasil. Só por estes números já se nota a profundidade da desigualdade brasileira.

Seria ingenuidade de qualquer um achar que tal situação não coloca em risco constante a democracia, não só em relação ao seu funcionamento, mas também quanto à sua existência. A pobreza extrema distorce o processo democrático na medida em que o indivíduo necessitado coloca em prioridade sua sobrevivência e de sua família, mesmo que suas decisões atuais impliquem na manutenção de sua condição. Os horizontes ficam curtos e a visualização de uma saída para sua própria miséria prejudicada.

No Estado Liberal, as questões sociais eram deixadas ao arranjo que o mercado pudesse dar. Cada homem teria aquilo que traduzisse seu sucesso na competição econômica. O desdobramento desta doutrina foi o avanço e aprofundamento das desigualdades sociais até o nível das convulsões sociais que se viram em fins do século XIX e início do século XX.

A percepção do fracasso da doutrina liberal somado ao advento de pensamentos que viam a necessidade de intervenção do Estado para a correção ou total controle dos destinos das relações socioeconômicas, como o marxismo, moldou a existência de uma nova concepção de Estado devedor de prestações materiais ao indivíduo, muito além da simples proteção patrimonial. Mas o Estado Social limitava-se a entrega de determinados bens conforme as demandas que surgissem.

A sociedade complexa da pós-modernidade exige mais do Estado. Os projetos de vida boa são diversos, mormente num país como o Brasil, de formação multicultural (CRUZ, 2007, p. 371), por isto, a abertura dos canais de comunicação à sociedade e suas diversas pretensões se impõe, passando o indivíduo, então, de mero cliente do Estado ao seu próprio interlocutor, ou seja, destinatário e autor do direito que comandará a vida social.

Como bem observa Cruz (2007, p. 370) ao falar da relação direito e economia, na constatação da escassez de bens disponíveis para atender às demandas da sociedade,

determinará a abertura das escolhas ao debate ético-político representativo da conformação de uma sociedade pós-moderna.

Conforme Habermas (2003b), o risco enfrentado pelo indivíduo pelas políticas públicas compensatórias destinadas a corrigir as desigualdades de fato, é a perda da autonomia privada, gerando nova dependência.

No entanto, essa relação se transforma num dilema, quando as regulamentações do Estado do bem-estar social, destinadas a garantir, sob o ponto de vista da igualdade do direito, uma igualdade de fato a situações de vida e posições de poder, só conseguem atingir esse objetivo em condições ou com a ajuda de meios que reduzem significativamente os espaços para a configuração de uma vida privada autônoma dos presumíveis beneficiários. (HABERMAS, 2003a, p. 155)

A partir deste ponto, a crítica de Habermas (2003b) quanto à ambivalência dos direitos sociais, que ao mesmo tempo que propicia, também retira liberdade. Contudo, como o autor deixa claro, tal situação vai depender do contexto da realidade social apresentada.

O direito social revela que o direito materializado no Estado social é ambivalente, propiciando e, ao mesmo tempo, retirando a liberdade, o que se explica através da dialética entre liberdade de direito e de fato, a qual resulta da estrutura do processo de juridificação. Porém é prematura caracterizar esta estrutura como dilema. Pois os critérios que permitem identificar o ponto onde a previdência autorizadora do Estado social se transforma em previdência tutelar dependem do contexto e podem ser contestados, porém não por serem arbitrários. (HABERMAS, 2003b, p. 156)

A teoria procedimentalista habermasiana, como já explorado, se apóia na relação mútua da autonomia pública e da autonomia privada, de forma que os sujeitos do direito, além de destinatários, possam sentir-se autores da própria legislação que lhes pautam a ação. Neste aspecto, a avaliação de uma política pública compensatória deve respeitar ambas as autonomias sob pena de perda de legitimidade.

Por estes critérios também é possível saber quando uma regulamentação é discriminadora no sentido do direito formal e quando é paternalista no sentido do Estado social. Um programa jurídico é discriminador, quando não leva em conta as limitações da liberdade derivadas de desigualdades fáticas; ou é paternalista, quando não leva em conta as limitações da liberdade que acompanham as compensações oferecidas pelo Estado, tendo em vista essas desigualdades. (HABERMAS, 2003b, p. 157)

Assim, o PBF da forma que foi estruturado, não se conformaria numa mera ação prestativa do Estado, destinada a tutelar um indivíduo que aceita passivamente. A característica principal é permitir que aqueles que são beneficiados pelo programa possam alcançar a emancipação individual. Note-se que o público alvo é composto por pessoas pobres

e extremamente pobres, cuja renda, mesmo para os padrões brasileiros, é baixíssima.

Não se pretende, pelo PBF, que o beneficiado perpetue-se como contemplado pelo programa. Nisto a ideia das condicionalidades. As críticas que são normalmente direcionadas à existência de condições a serem implementadas pelo próprio beneficiado para que continue no programa, entendendo-se no sentido de inexistência de qualquer condição, sob pena de limitação da cidadania (MONNERAT et al, 2007), não parece adequada.

De início, ressalta-se que um programa de renda mínima, como o PBF, que, num Estado democrático, tem justificada a quebra da isonomia esperada pela formalidade do direito à igualdade. Ora, a situação de fragilidade social a que as famílias beneficiadas estão expostas são graves o suficiente para que se justifique o recebimento da quantia. Mas há um problema que se apresenta de difícil resolução. Por que renda de R\$ 140,00 (cento e quarenta reais) e não R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) ou mais? Afinal, a exposição das famílias com renda superior mais próxima é também de grande risco.

Neste caso, a necessidade de escolhas se mostra dramática frente às opções apresentadas para a gestão dos recursos que são escassos. O PBF é todo ele custeado por dinheiro público o que, por si só, já demonstra sua limitação. Assim, o imperativo é da mais racional administração do programa de forma a otimizar o seu alcance. Mas a pergunta anterior ainda se matem.

A explicação possível não pode ser creditada a escolha discricionária do legislador, mas, justamente, na abertura discursiva aos elementos éticos-políticos que motivaram tal critério, principalmente de caráter econômicos. Se por um lado pode-se defender a ampliação de atendimento do programa com o aumento do valor de corte para ingresso a partir da renda per capita, deve-se também considerar que tal proposta pode sobrecarregar o sistema orçamentário com a inclusão de milhões de outras pessoas, colocando em risco seu funcionamento. Porém, havendo condições orçamentárias para tanto, a ampliação da base populacional com a expansão do critério inclusivo seria razoável de se aceitar.

Por outro lado, as condicionalidades de forma alguma são motivo para a perda de legitimidade do PBF em relação à própria cidadania. Não se espera mais que o Estado seja mero provedor de condições materiais de vida, em situação que possa anular a autonomia privada do indivíduo e, assim pela mútua perspectiva, prejudicar a autonomia pública nos debates sociais.

As condicionalidades são o compromisso dos beneficiários com sua própria comunidade. A proposta é que o programa progrida na direção do fortalecimento da democracia permitindo condições de sobrevivência a quem antes não as tinha e, desta forma,

possam ser materialmente livres para participar do debate. Ao contrário, ter-se-ia a simples tutela do indivíduo pelo Estado, retirando-lhe a liberdade, como apontado por Habermas (2003b). Não se consegue vislumbrar qualquer déficit democrático (ou de legitimidade) nas condicionalidades impostas aos beneficiários do PBF. Elas, na realidade, complementam o propósito emancipatório que é o objetivo principal do programa.

É importante ressaltar que, apesar de sua implementação através de um política pública, isto é, por ação positiva do Estado pelo poder administrativo, tem-se que o PBF ao se materializar, apresenta-se como direito fundamental social e não mero programa governamental, isto é, trata-se de política pública de Estado e não de governo, fundamentado, portanto, na Constituição Federal na qual se positivou o objetivo do Estado brasileiro na promoção de uma sociedade justa e igualitária.

Nestes termos, pensa-se, não caberia a simples revogação da lei instituidora do PBF, já que se impediria a efetividade de direito fundamental. O princípio da proibição do retrocesso social seria valoroso mecanismo a impossibilitar o desaparecimento do programa, o qual somente poderia se dar pelo fim dos próprios fundamentos de sua existência: a pobreza extrema.

Ora, a Constituição Federal elenca como um dos objetivos da República Federativa do Brasil no inciso I do artigo 3º, a promoção de uma sociedade mais justa e solidária, além de estabelecer no inciso III do mesmo artigo, a redução das desigualdades sociais e marginalização. Em que pese a programaticidade de tais dispositivos, não se pode negar a eficácia jurídica de que são revestidos. Da mesma forma, o *caput* do artigo 170, CF, determina que a ordem econômica se erga para a promoção da justiça social e vida digna para todos.

Assim, os elementos normativos descritos denunciam a base fática sobre a qual se lançam de profunda desigualdade social vivida no Brasil, ao tempo de sua elaboração legislativa, sem modificações significativas no presente. A condição do Brasil de país subdesenvolvido, mantém a força normativa dos dispositivos constitucionais citados, cuja eficácia é relevante para a estruturação das políticas públicas elaboradas neste contexto. Desta forma, a realização dos direitos fundamentais sociais, caracterizados como direitos subjetivos num ambiente do Estado Democrático de Direito, não pode ser afetado por mudanças em políticas governamentais, naturalmente transitórias, sob pena de inconstitucionalidade, pois colocaria em risco a própria sobrevivência da democracia.

4.4 – O Programa Bolsa Família como objeto de Política Econômica

Como observado e tratado anteriormente, inegavelmente o PBF constitui-se como uma política pública implementadora de direito fundamental social relacionado a condições materiais de existência, mas não só, haja vista que o escopo principal é a promoção da emancipação das famílias atendidas, consideradas nos critérios de pobreza e extrema pobreza.

Como defendido, o programa encaixa-se no marco teórico desse trabalho quando considerado o Estado Democrático de Direito na teoria procedimentalista habermasiana, eis possibilitar materialmente a participação do indivíduo nos direitos políticos.

Mas não só. Com efeito, o PBF tem significativo impacto econômico pelos valores em números absolutos despejados mensalmente na economia nacional, demonstrado conforme a Tabela 1 (p.97), na perspectiva do fomento ao consumo, quando considerado no ciclo econômico, a etapa da repartição das riquezas. Neste caso:

De fato, o objetivo de uma política econômica voltada para a “repartição” da riqueza entre os diversos segmentos da sociedade faz com que o aspecto distributivista exalte essa peculiaridade em relação ao conjunto dos demais Institutos desse ramo do Direito. (SOUZA, 2005, p. 544)

Assim, ao efetuar a transferência de recursos financeiros diretamente às famílias atendidas, ressaltando a autonomia da escolha diante de suas reais necessidades, o programa cria nova camada de consumidores, estimulando o ciclo produtivo. Neste aspecto, insere-se como interessante objeto de política econômica, para tanto a repartição da renda faz-se imperiosa.

No estudo da redistribuição torna-se inviável a separação do que se consideram política econômica e política social. Na verdade, toda atuação num desses terrenos repercute imediatamente no outro e muitas vezes as decisões de ordem econômica são impulsionadas por motivos sociais e vice-versa. (GOMES, 1963, p. 111)

Ademais, por tratar-se de objeto de política econômica, tanto quanto de política social, o PBF inserido no contexto do Instituto da Repartição deve ser elaborado conforme a ideologia constitucional, no mais já devidamente apresentado nesse trabalho. Portanto:

(...) tomando-o no Título da Ordem Econômica e Financeira da Carta de 1988, verificamos que o seu sentido central está localizado no *caput* do art. 170, ao assegurar “a todos existência digna conforme os ditames da justiça social”, enquanto “finalidade” da própria Ordem Econômica. Por aí se identifica o caráter

“distributivo” do Instituto, situado em primazia sobre o “comutativo” (...) (SOUZA, 2005, p. 544)

Uma política pública como o PBF, isto é, um programa de renda mínima garantida, tem o significado de uma redistribuição das riquezas produzidas pelo país, na forma de renda financeira, pressupondo, assim, a insuficiência das formas clássicas do trabalho assalariado e outras formas de divisão de ganhos (lucro, renda e juros), na superação da desigualdade profunda, geradora de exclusão e marginalização na vida socioeconômica, especialmente sentida no Brasil, pois como afirma Gomes “a simples existência de uma política de redistribuição das rendas acusa a falência do modelo clássico, transforma a concepção liberal do Estado e subverte a tese não-intervencionista” (1963, p. 44).

Como já afirmado, o subdesenvolvimento é um estado de tensão inserto na convivência paralela entre riqueza e pobreza, isto é, um país subdesenvolvido tem camadas sociais que vivem em situações favoráveis de desenvolvimento e parcela significativa da população em níveis de pobreza e carência. O reflexo disto é, normalmente, uma economia especializada e heterogênea, em relação aos meios de produção e formação social, respectivamente, voltada essencialmente à produção para o mercado externo num contexto de divisão internacional do trabalho, ou seja, divisão entre economias centrais e economias periféricas.

Por desdobramento, o ciclo econômico fica comprometido, pois a circulação da riqueza encontra obstáculos na repartição desigual da renda, afetando a cadeia de produção, haja vista a não formação ou formação incompleta ou insuficiente de um mercado interno de consumo, especializando cada vez mais a economia ou projetada para atender pequena parcela da população detentora de condições de consumo. Nisto a perpetuação do subdesenvolvimento e da desigualdade.

A forte disparidade dos níveis de vida pode instaurar o consumo suntuário no vértice da pirâmide das rendas e levar a miséria e o subconsumo às classes mais populosas que se localizam na base da pirâmide. Na repartição das rendas violentamente desigual, a procura dirige-se aos bens superiores, para não dizer suntuários, forçando a estrutura da produção a adaptar-se a essa procura. Além disso, a desigualdade profunda, pôsto que propicie acentuada acumulação de poupança, indispensável aos investimentos básicos e, portanto, ao progresso econômico, deprime a procura global, desde que ao maior contingente da população não é dado o poder de compra capaz de forçar o escoamento das mercadorias produzidas. (GOMES, 1963, p. 68)

Em macroeconomia revela-se importante as considerações que são feitas a partir das decisões das famílias sobre o emprego da renda, entre consumo e poupança. Desta decisão ter-se-á reflexo na taxa de crescimento, nível de produção e emprego e outros indicadores

econômicos relevantes (SACHS; LARRAIN, 2000, p. 85).

Entretanto, deve-se observar que nesse trabalho, a análise é feita a partir da hipótese do nível de consumo da elevação da renda de famílias pobres e extremamente pobres, conforme o critério qualificativo adotado pela lei instituidora do PBF (BRASIL, 2004).

Não há espaço assim, para a análise do efeito sobre a poupança decorrente da elevação da renda dessas famílias, considerando que a renda será destinada integralmente ao consumo, em razão das necessidades reais existentes. Assim, a análise intertemporal proposta por Sachs e Larrain (2000, p. 85), pautada nas escolhas das famílias entre consumir e poupar no presente ou no futuro e as consequências advindas, ficaria prejudicada, pois não haveria a opção poupança. Portanto, parte-se do pressuposto de que o montante financeiro transferido pelo PBF, nos valores apresentados na Tabela 1 (p.97), é todo ele destinado ao consumo das famílias.

Por outro lado, a elevação do nível de consumo diretamente relacionada ao aumento do nível de renda dessas famílias, pode levar ao aumento da poupança de outros agentes econômicos na perspectiva do ciclo produtivo, principalmente o lucros.

Mesmo porque se deve distinguir a poupança das pessoas e a das firmas. A redistribuição só deve dizer respeito àquela. Por isso, aumenta a poupança das empresas na medida em que diminui a poupança individual e eleva as possibilidades de consumo das pessoas. Estas irão empregar a sua renda na compra de mercadorias, incentivando a produção e o lucro das firmas. A redistribuição, portanto, pode transferir a poupança privada, principalmente quando ociosa, para as empresas, que a transformarão em poupança criadora. Provavelmente os produtos agrícolas serão os primeiros a sofrer a nova pressão da demanda acrescida com a redistribuição, e a preferência dos consumidores poderá, mais tarde, deslocar-se para objetos de consumo durável. (GOMES, 1963, p. 144)

Pesquisa publicada pelo Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas – IBASE, em 2008 (IBASE, 2008), confirma o anteriormente exposto, fazendo preciosa indicação sobre o consumo das famílias atendidas pelo PBF:

De acordo como os (as) titulares, o dinheiro do PBF é gasto principalmente com (a partir de múltipla escolha, com opção de até três respostas):

1. Alimentação – 87% (no Nordeste chega a 91% enquanto no Sul a 73%);
2. Material escolar – 46% (no Norte chega a 63,5% enquanto no Nordeste a 40%);
3. Vestuário – 37%;
4. Remédios – 22%;
5. Gás – 10%;
6. Luz – 6%;
7. Tratamento médico – 2%;
8. Água – 1%;
9. Outras opções – menos de 1%.

As famílias beneficiadas pelo PBF gastam, em média, R\$ 200 mensais com alimentação, o que representa 56% da renda familiar total.

Quanto mais pobre a família maior a proporção da renda gasta com alimentação. (IBASE, 2008, p. 5)

Por outro lado, pesquisas (SOARES et al, 2007, p. 5) apontam que o PBF não levou a “variações significativas no nível de consumo agregado das famílias”, reforçando, assim, o já atestado anteriormente, isto é, a destinação dos recursos recebidos pelas famílias são destinadas em grande parte, a alimentação, educação e vestuários, principalmente infantil, revelando que ocorre, entretanto, aumento da demanda global em relação a estes segmentos da economia, que num segundo momento, aprofundando-se os demais elementos de superação da desigualdade socioeconômica crônica, bem como a expansão da base populacional por outros critérios inclusivos no programa. Ainda, o aumento percentual do valor financeiro transferido, pode promover a busca por outros produtos da cadeia produtiva, alimentando a produção, com geração de emprego e renda.

Contudo, existe o risco de gerar inflação anulando os ganhos com o programa, por isto há a necessidade de outras políticas econômicas voltadas para a produção dos bens demandados pelos beneficiários, sobretudo alimentação, material escolar, vestuário e remédio. Reforçando o aspecto que política social tem sua face econômica gerando necessidade de outras políticas econômicas e sociais.

Já se teve a oportunidade de afirmar que:

Promover a educação é a única forma de prover o indivíduo de capacidade de gerir sua vida e construir sua independência, permitindo seu pleno desenvolvimento, conforme diz a própria Constituição Federal, no seu artigo 205. Outrossim, o incentivo às empresas de pequeno porte, é elemento essencial ao desenvolvimento do país, pois, tem o condão de incentivar a concorrência de mercado, absorção ampla de mão-de-obra, além de colaborar com a desconcentração de riquezas, ao atender a demanda de consumo dos novos consumidores que se apresentam com o PBF, evitando-se que os gastos apresentados com a nova renda, concentre-se, apenas, nas grandes empresa, o que impediria a expansão do ciclo produtivo, geração de emprego, renda e desenvolvimento, com a inserção de novos agentes econômicos. (OLIVEIRA; ZANETTI, 2009, p. 971)

A demanda agregada ou global de um país define-se como a “quantidade total de bens e serviços demandados pelos residentes domésticos ao nível dado de preços. Portanto, é a soma das demandas de consumo, investimento e gastos governamentais” (SACHS; LARRAIN, 2000, p. 69). A relevância da demanda, isto é, a quantificação do que é buscado pelos agentes consumidores é que vai determinar o nível de produção, que num ambiente perfeito, deverá encontrar o ponto de equilíbrio a ser estabelecido entre oferta e procura, pois “o nível de equilíbrio entre produção e preços em uma economia é determinado pela interação da oferta agregada e da demanda agregada” (SACHS; LARRAIN, 2000, p. 69).

Assim, o aumento no número de pessoas com renda para o consumo acarreta o incremento na produção dos produtos demandados. Por sua vez, o aumento da produção exigirá matéria-prima suficiente para atender à demanda, bem como a elevação do número de empregados. O aumento no número de pessoas ocupadas dispara a valorização da mão-de-obra com melhores salários, isto é, a redistribuição da renda das riquezas produzidas, que por sua vez aumenta o número de pessoas dispostas a consumir. Isso, porém, se tiver política econômica para a pequena e microempresa voltada ao mercado interno, senão ter-se-á absorvida pela grande empresa ou importação.

Obviamente, a descrição do processo produtivo que se fez é bastante simplificada, eis que diversos outros fatores e variantes influem na dinâmica econômica, que não irão, necessariamente, conduzir a economia como descrita.

Porém, não se pode desconsiderar que ao colocar recursos financeiros do PBF, o impacto criado, pela intervenção estatal, no ciclo econômico pode mostrar-se relevante, além de apresentar um modelo mais eficiente de gestão de recursos públicos.

Ora, a transferência financeira às famílias permite que as decisões de consumo fiquem atreladas às suas necessidades reais, por isto, os gastos tornam-se mais eficientes, além de permitir a livre interação das forças do mercado, no tocante à oferta e à procura.

Por outro lado, evita-se o desperdício de recursos públicos, escassos, já que suprime instâncias intermediárias entre as famílias atendidas e suas necessidades. Por exemplo, o fornecimento de alimentos ou outros bens de consumo por decisão burocrática pode representar um não atendimento das reais necessidades das famílias e, então, desperdício de recursos escassos. Soma-se, ainda, a possibilidade de diminuir consideravelmente os gastos com despesas na realização de procedimentos licitatórios demorados e dispendiosos, além do combate a corrupção que possam surgir nesses processos. Ambas formas de desperdícios de recursos.

O valor do benefício pode ser alterado, como se disse, ampliando o poder de compra das famílias beneficiadas, ao mesmo tempo que se pode modificar os valores fixados para definir as famílias beneficiadas, aumentando, assim, a base populacional a ser atingida, haja vista a disparidade de rendas no país. Contudo, deve-se preservar o trabalho, positivado na Constituição Federal, que não pode ser desprezado como valor social e, por isto, não ser comprimido por política pública de transferência de renda. Ou seja, o trabalho deve continuar sendo a primeira e mais importante forma de se obter renda no montante suficiente à dignidade da vida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde que se iniciou a pesquisa do tema proposto, a maior preocupação foi tratá-lo, sempre, cientificamente, evitando de toda a forma, os argumentos sectários e, por isto, parciais ou discriminatórios, principalmente quando se vislumbra no Brasil atual, o aprofundamento das disputas político-partidárias.

A observação histórica, isto é, o olhar sobre os acontecimentos históricos é formidável instrumento para a tentativa de compreensão do espírito humano. O homem na sua evolução conforme suas interações com o outro, demonstra a riqueza de sua natureza em todos os sentidos: construtor, demolidor, heróico, malfeitor, sublime, vil etc.

É nesta riqueza de detalhes que se constrói a vida na qual o jurista deve, necessariamente, debruçar-se se quiser melhor interpretar o fenômeno jurídico. Não cabe mais apenas uma relação mecânica de causa e consequência entre direito e fatos. A interação é mais complexa do que se imaginava quando se criava fórmulas matemáticas para a resolução dos conflitos sociais, num congelante positivismo.

Como se anotou, as mudanças nos paradigmas do Estado foram reflexos das próprias mudanças de percepção do homem em relação a si próprio e em relação ao outro. A sociedade feudal da Idade Média, caracterizava-se por uma formação estanque com claros e objetivos propósitos de manutenção da situação existente, cujo centro de poder girava em torno do divino.

Todas as relações políticas e sociais, portanto, tinham como ponto de partida e chegada a vontade de Deus. O que não se encaixasse nesta lógica era considerado fora da própria vida comunitária e, então, do direito. O constitucionalismo antigo justificava o poder com base no que era externo ao homem, isto é, Deus. E detinha o poder aquele que estivesse mais próximo do divino. Ao indivíduo não cabia mais nada do que dele era esperado.

Entretanto, na mesma Idade Média surgiram questionamentos a esta relação de poder e os limites que deveriam ser impostos, mormente à Igreja, num primeiro momento e, posteriormente, aos reis absolutistas. As conquistas na filosofia, ciências, tecnologia e nas lutas intestinas da sociedade, como foi a reforma, preparou o terreno para um salto importante, permitindo a revolução que colocou o homem no centro de todo o debate. Foram, então, as revoluções liberais, principalmente, Americana e Francesa, em fins do século XVIII, que deram ao mundo uma nova concepção de vida política e jurídica, além de novos parâmetros econômicos, reunidos no que se chamou de liberalismo.

O paradigma então surgido do Estado Liberal, inaugurou o constitucionalismo moderno, com formas de organização do poder pautado, sobretudo, na lei fruto da razão humana e, não mais, no divino. O poder então orbitava em torno desta criação da vontade humana, de forma que somente seria possível realizar o que nela estivesse previsto, salvaguardando o homem dos arbítrios do poder.

No entanto, o sistema liberal criou graves distorções nas relações sociais, motivadas, agora, pelo viés econômico em razão da revolução industrial em curso, que modificou completamente as relações de produção, antes baseadas na subsistência do modelo feudal para, então, a busca pelo lucro do capitalismo.

Aprofundou-se as desigualdades sociais, criando exércitos de excluídos e marginalizados. O paradigma do Estado Liberal, entretanto, não conseguiu dar respostas adequadas às tensões sociais que surgiram desta situação de desigualdade, já que ao Estado não era autorizado interferir, pois colocaria em risco a ordem natural do jogo econômico.

O Estado Liberal, assim, questionado e sem soluções, entra em crise, permitindo a construção de um novo paradigma, a do Estado Social. A este não somente era permitido atuar no campo socioeconômico, como era chamado para tanto. Ao Estado, então, cabia a prestação positiva à sociedade de forma a suprir as carências que a colocava em risco. O Estado era eleito, desta forma, o grande promotor do bem estar dos indivíduos.

Acontece que o jogo de poder continuava o mesmo. Uma vez conquistado, o grupo que o detinha transformava-o em seu instrumento de atuação através do direito. Nisto o holocausto da Segunda Grande Guerra é exemplar. A sociedade não mais teria espaço para tal situação, mesmo porque, sua configuração havia se transformado profundamente, acentuando a complexidade das relações sociais, cujas demandas eram tão diversas, que a simples tutela do Estado na prestação positiva não seria capaz de responder aos anseios sociais.

A sociedade pós-moderna, complexa e plural, estabelece-se numa profusão de interações sociais reflexo dos mais variados projetos de felicidade, que somente num processo decisório aberto à participação de todos, poder-se-ia alcançar a legitimidade das decisões. Nisto a radicalização democrática. O Estado Democrático de Direito, então, faz-se na possibilidade de participação dos destinatários do direito, num procedimento discursivo, de forma que se reconheçam na lei como autores daquilo que lhes obriga.

Com as revoluções liberais do século XVIII, uma nova forma de poder se estabelece, expandindo influência e demandas próprias ao político e ao jurídico, qual seja, o poder econômico. Se for verdade que se tentou controlá-lo mesmo ainda durante o período liberal, quando se viu em risco o princípio da concorrência elementar ao capitalismo, também é certo

que ele se faz de forma quase intocável nos dias atuais.

Assim, o estabelecimento do Estado Democrático de Direito deve se dar da mesma forma ao poder econômico, permitindo que as políticas econômicas, sejam públicas ou privadas, possam ser abertas à participação de todos os interessados e não somente a pequena parcela da população.

Por outro lado, o reconhecimento da condição de profunda desigualdade social brasileira, permite a elaboração de programas na tentativa de enfrentar a miséria e exclusão de grande parcela da população. Nestes termos, o Programa Bolsa Família apresenta-se muito mais do que simples instrumento assistencialista.

A proposta do PBF é auxiliar na emancipação de famílias pobres e extremamente pobres desta situação, juntando a transferência direta de recursos financeiros com condicionalidades exigidas dos beneficiários, como educação e saúde. Nestes termos, o programa encaixa-se, sim, no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Outrossim, tentou-se demonstrar que o PBF pode ser utilizado como interessante instrumento de política econômica ao induzir o consumo, já que os valores despejados na economia mensalmente, são significativos, permitindo que os beneficiários possam consumir aquilo que lhes for conveniente para sua sobrevivência.

No entanto, deve-se atentar para os risco que o PBF pode enfrentar, devendo ser construídos, paralelamente, outros instrumentos que permitam a contínua democratização de tais recursos financeiros, de forma que o consumo seja direcionado não ao grande poder econômico, mas a integrantes menores do próprio mercado, induzindo a revitalização da economia e buscando alcançar, assim, o tão sonhado desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Traduzido da 5ª ed. Alemã. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. 669p.
- ALEXY, Robert. Os direitos fundamentais e a democracia no paradigma procedimental do direito de Jürgen Habermas. In: Günter Frankenberg e Luiz Moreira (org). **Jürgen Habermas, 80 anos direito e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Cap. 7, p.119-139.
- ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: Emir Sader, Pablo Gentili (Org.) **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado**. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003. Cap. 1, p.9-23.
- AQUINO, Tomas. **Suma Teológica**. Vol. 4, 1ª Seção da 2ª parte – questões 49 – 114. São Paulo: Edições Loyola, 2005, 938p.
- Banco Central do Brasil. **Cotação dólar americano**. Disponível em <http://www4.bcb.gov.br/pec/taxas/batch/taxas.asp?id=txdolar> – acessado em 20/10/2011.
- BARBOSA, Ruy. **Commentarios á Constituição Federal Brasileira**. Vol. II. São Paulo: Saraiva & Cia., 1933, 528p.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. São Paulo: Renovar, 2006, 345p.
- BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005, 190p.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 212p.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8.ed. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2002, 207p.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade; por uma teoria geral da política**. 15.ed. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2009, 173p.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 859p.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 230p.
- BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. Lei nº 10.836, de 9 de jan. de 2004. Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 de jan. de 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 1999, 1414p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 1991, 310p.

CASTRO, Josué de. **Geopolítica da fome**. Volume 1. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1959, 250p.

CASTRO, Josué de. **Geopolítica da fome**. Volume 2. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1965, 483p.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. Elementos de Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, 246p.

CLARK, Giovani. **O Município em face do direito econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, 280p.

CLARK, Giovani. Política Econômica e Estado. *In* **Revista da Fundação Brasileira de Direito Econômico**. Volume n. 2. Belo Horizonte: FBDE, 2008, p. 25-44.

COMPARATO, Fabio Konder. **O indispensável direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 54, nº 353, p. 14-26, mar. 1965.

COMPARATO, Fabio Konder. **Para viver a democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989, 214p.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, 492p.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, 261p.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, 415p.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: José Adércio Leite Sampaio, Álvaro Ricardo Souza Cruz (Coord.) **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2001. Cap. 7, p.195-248.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O Direito à Diferença**. 3. ed. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2009, 250p.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, 401p.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

568p.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513p.

FAORO, Raimundo. **Os donos do poder**. 2v. 10.ed. São Paulo: Globo, 2000, 750p.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994, 368p.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro, 1997, 334p.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização e tradução: Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2009, 295p.

FURTADO, Celso. **Teoria e política do desenvolvimento econômico**. São Paulo: Abril Cultural, 1983, 243p.

GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica Constitucional e Pluralismo. In: José Adércio Leite Sampaio, Álvaro Ricardo Souza Cruz (Coord.) **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2001. Cap. 3, p.47-65.

GÓES, Guilherme Sandoval. Neoconstitucionalismo e dogmática pós-positivista. In: Luís Roberto Barroso (Org.) **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. São Paulo: Renovar, 2007. Cap. 3, p.113-150.

GOMES, Fábio Lucas. **A redistribuição da renda**. Belo Horizonte: Imprensa da UMG, 1963, 202p.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999, 526p.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 391p.

GÜNTHER, Klaus. Interpretações Liberais e Teórico-discursivas dos Direitos Humanos. In: Günter Frankenberg e Luiz Moreira (org). **Jürgen Habermas, 80 anos direito e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Cap. 12, p.219-237.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Volume I. 2. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 354p.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Volume II. 2. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 352p.

HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, 400p.

HABERMAS, Jürgen. **Três modelos normativos de democracia**. Tradução Anderson Fortes

Almeida e Acir Pimenta Madeira. Caderno da Escola do Legislativo. Número 3, janeiro/junho, 1995, p. 105-122.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, 576p.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril, 1974, 423p.

HOFFMANN, Rodolfo. Transferências de renda e a redução da desigualdade no Brasil e cinco regiões entre 1997 a 2004. **Econômica**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 55-81, junho de 2006.

HOOVER, Calvin B. **A Economia, a Liberdade e o Estado**. Tradução: Sigrid F. Godolphim e Waldir C. Godolphim. Rio de Janeiro: Agir, 1964, 327p.

Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas. **Repercussões do programa bolsa família na segurança alimentar e nutricional das famílias beneficiadas**. Documento síntese – junho de 2008.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo 2010**. Disponível em http://www.censo2010.ibge.gov.br/dados_divulgados/index.php - acessado em 20/01/2011.

Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas. **Índice GINI**. 2011. Disponível em http://www.ipeadata.gov.br/ipeaweb.dll/ipeadata?SessionID=1060242218&Tick=1295545030929&VAR_FUNCAO=Ser_MUso%28%29&Mod=M – acessado em 20/01/2011.

Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas. **Gráfico produto interno bruto**. 2011b. Disponível em http://www.ipeadata.gov.br/ipeaweb.dll/ipeadata?SessionID=1060242218&Tick=1295542978140&VAR_FUNCAO=Ser_Temas%28127%29&Mod=M acessado em 20/01/2011.

Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas. **Rendimento médio do trabalhador brasileiro**. 2011c. Disponível em http://www.ipeadata.gov.br/ipeaweb.dll/ipeadata?SessionID=1247675312&Tick=1295817086905&VAR_FUNCAO=Ser_Temas%28132%29&Mod=M acessado em 20/01/2011.

Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas. **Gráfico evolução do produto interno bruto per capita**. 2011d. Disponível em http://www.ipeadata.gov.br/ipeaweb.dll/ipeadata?SessionID=1060242218&Tick=1295542978140&VAR_FUNCAO=Ser_Temas%28127%29&Mod=M acessado em 20/01/2011.

LIMA, José Jivaldo. O poder temporal em João Quidort. In: **Dissertatio**. Nº 24. Pelotas: UFPel, 2006, p. 133-155.

KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do Estado: os fundamentos históricos da legitimidade do Estado constitucional democrático**. Tradução Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2009, 495p.

KRITSCH, Raquel. Rumo ao Estado Moderno: as raízes medievais de alguns de seus elementos formadores. In: **Revista de Sociologia e Política**. nº 23. Curitiba: UFPR, 2004, p. 103-114.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento e Combate à Fome. **Tabela total de famílias pobres**. 2011 – Disponível em <http://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/ascom/index.php?cut=aHR0cDovL2FwbGljYWNvZXMuYWRzLmdvdi5ici9zYWdpL2FzY29tL2dlcmFyL2luZGV4LnBocA==&def=v> acessado em 19/01/2011.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento e Combate à Fome. **Tabela valores dos benefícios**. 2011b. Disponível em <http://www.mds.gov.br/bolsafamilia/valores-dos-beneficios> - acessado em 19/01/2011.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Económico**. 5. ed. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2007, 707p.

MONNERAT, Giselle Lavinias; SENNA, Mônica de Castro Maia; SCHOTTZ, Vanessa; MAGALHÃES, Rosana; BURLANDY, Luciene et al. **Do direito incondicional à condicionalidade do direito: as contrapartidas do Programa Bolsa Família**. Ciência saúde coletiva [online]. Rio de Janeiro, 2007, vol.12, n.6, pp. 1453-1462.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Tradução Jefferson Luiz Camargos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, 676p.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, 242p.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, 383p.

OLIVEIRA, Fabiano Gomes de; CLARK, Giovani. **Ação Econômica Estatal e o Desenvolvimento na Constituição Brasileira de 1988**. In Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI, São Paulo. Florianópolis: CONPEDI, 2010, p. 2785-2802.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa de Souza. A constituição dirigente está morta... viva a constituição dirigente! In: Luís Roberto Barroso (Org.) **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. São Paulo: Renovar, 2007. Cap. 2, p.83-112.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, 176p.

PÁDUA, Marsílio. **O defensor da paz**. Tradução e notas José Antônio Camargo Rodrigues de Souza; introdução José Antônio Camargo Rodrigues de Souza, Francisco Bertelloni e Gregório Piaia. Petrópolis: Vozes, 1995, 701p.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999, 572p.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e**

o alcance do art. 170 da Constituição Federal. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, 365p.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas.** São Paulo: Max Limonad, 1999, 246p.

Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Relatório 2009.** Disponível em http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2009_PT_Complete.pdf acessado em 20/01/2011.

QUIDORT, Johannes. **Sobre o poder régio e papal.** Tradução e introdução Luis A. de Boni. Petrópolis: Vozes, 1989, 152p.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência.** 2. ed. Tradução: Isabel Maria St. Auby. Lisboa: Editorial Inquérito, 1984, 144p.

SACHS, Jeffrey D.; LARRAIN B., Felipe. **Macroeconomia: em uma economia global.** Tradução de Sara R. Gedanke. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2000, 848p.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004, 432p.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Habermas entre amigos e críticos. Prolegômenos para uma Esfera Judicial Militante. In: Günter Frankenberg e Luiz Moreira (org). **Jürgen Habermas, 80 anos direito e democracia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Cap. 15, p.301-327.

SANCHES, J. L. Saldanha. **Direito Económico: um projecto de reconstrução.** Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2008, 151p.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos de globalização. In: Boaventura de Sousa Santos (Org.). **Globalização: fatalidade ou utopia.** 2. ed. Porto: Afrontamento, 2002, 555p. Cap. 1, 31-106p.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet (Coord.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009, Cap. 1, p.09-50.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogados, 2009, 493p.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet (Coord.) **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009b, p. 213-253.

SENNA, Mônica de Castro Maia; MONNERAT, Gisele Lavinias; SCHOTTZ, Vanessa; MAGALHÃES, Rosana; BURLANDY, Luciene. **Programa bolsa família: nova institucionalidade no campo da política social brasileira?** Rev. Katálysis [online]. 2007, vol.10, n.1, pp. 86-94.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, 319p.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, 816p.

SILVA, Maria Ozanira da Silva e. **Renda mínima e reestruturação produtiva**. São Paulo: Cortez, 1997. Pg. 168.

SINGER, Paul. **Curso de introdução à economia política**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1975, 186p.

SINGER, Paul. **O capitalismo: sua evolução, sua lógica e sua dinâmica**. 21. ed. São Paulo: Moderna, 2003, 87p.

SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. Tradução Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Mota. São Paulo: Cia. das Letras, 1996, 724p.

SOUZA, Washington Peluso Albino de; CLARK, Giovanni. **Questões polêmicas de direito econômico**. São Paulo: LTR, 2008. p. 102.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6. ed. São Paulo: LTR, 2005, p. 603.

SOUZA, Nali de Jesus. **Curso de economia**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, 374p.

SUPLICY, Eduardo Matarazzo. **Renda de cidadania: a saída é pela porta**. 2. ed. São Paulo: Cortez: Editora da Fundação Perseu Abramo, 2002. Pg. 367.

TOLEDO, Gastão Alves de. **O direito constitucional econômico e sua eficácia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 333p.

THERBORN, Göran. A crise e o futuro do capitalismo. In: Emir Sader, Pablo Gentili (Org.) **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado**. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003. Cap. 2, p.39-50.

VIEIRA, Ramona Cardoso; OLIVEIRA, Fabiano Gomes de. **O trabalho como fato econômico, globalização e a dignidade do trabalhador**. In Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, São Paulo. Florianópolis: CONPEDI, 2010, p. 10724-10740

VILANI, Maria Cristina Seixas. **Origens medievais da democracia moderna**. Belo Horizonte: Inédita, 2000, 91p.