

RODRIGO GARCIA SCHWARZ

Série

Direitos Fundamentais Sociais

*A Dignidade Humana e os Direitos Fundamentais Sociais
como Referentes do Estado Democrático de Direito*



Editora Unoesc



9 788584 220472

RODRIGO GARCIA SCHWARZ

ISBN 978-85-8422-047-2

Série

Direitos Fundamentais Sociais

*A Dignidade Humana e os Direitos Fundamentais Sociais
como Referentes do Estado Democrático de Direito*



Editora Unoesc

Editora Unoesc

Coordenação
Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva

Revisão metodológica: Talita Varella da Silva
Projeto Gráfico: Simone Dal Moro
Capa: Daniely A. Terao Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

S411di Schwarz, Rodrigo Garcia.
A dignidade humana e os direitos fundamentais
sociais como referentes do Estado Democrático de
direito / Rodrigo Garcia Schwarz. - Joaçaba: Editora
Unoesc, 2016. - (Série Direitos Fundamentais Sociais)
82 p. ; il. ; 30 cm.

ISBN 978-85-8422-047-2

1. Direitos fundamentais. 2. Dignidade. 3. Estado
democrático de direito. I. Título. II. Série

Doris 341.27

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor
Aristides Cimadon

Vice-reitores de *Campi*
Campus de Chapecó
Ricardo Antonio De Marco
Campus de São Miguel do Oeste
Vitor Carlos D'Agostini
Campus de Videira
Antonio Carlos de Souza
Campus de Xanxerê
Genesio Téo

Pró-reitor de Graduação
Ricardo Marcelo de Menezes

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão
Fábio Lazzarotti

Diretor Executivo da Reitoria
Alciomar Marin

Conselho Editorial

Fabio Lazzarotti
Débora Diersmann Silva Pereira
Andréa Jaqueline Prates Ribeiro
Glauber Wagner
Eliane Salete Filipim
Carlos Luiz Strapazzon
Marilda Pasqual Schneider
Claudio Luiz Orço
Maria Rita Nogueira
Daniele Cristine Beuron

Comissão Científica

Rogério Gesta Leal (UNOESC, Brasil)
Carlos Luiz Strapazzon (UNOESC, Brasil)
Christian Courtis (UBA, Argentina)
Eduardo Biacchi Gomes (UNIBRASIL, Brasil)
Elda Coelho Bussinguer (FDV, Brasil)
Francesco Saitto (Sapienza-Università di Roma, Itália)
Ivan Obando Camino (Universidad de Talca, Chile)
Mercè Barceló i Serramalera (Universitat Autònoma de Barcelona, Espanha)

A revisão linguística é de responsabilidade do autor.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	7
1 OS FUNDAMENTOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	15
2 A DIGNIDADE HUMANA E A GARANTIA DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”, PEDRAS DE TOQUE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	37
CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS.....	57

APRESENTAÇÃO

A presente obra é resultado parcial do Projeto de Pesquisa “Arranjos Inovadores de Garantia do Trabalho Decente e dos Pisos Universais de Seguridade Social”, vinculado à Linha de Pesquisa “Direitos Fundamentais Sociais: Relações de Trabalho e Seguridade Social”, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

Esta Linha de Pesquisa promove o aprofundamento investigativo e formativo das conexões entre direitos sociais, humanos e Constituição. Reconhece as tradicionais objeções opostas à eficácia dos direitos sociais quanto à sua natureza jusfundamental e quanto à finitude de recursos. Atenta a isso, dedica-se aos problemas analítico-conceituais da teoria dos direitos fundamentais em face dos direitos sociais, às políticas públicas de efetivação e a duas modalidades específicas de direitos sociais: os das relações de trabalho e os atribuídos à seguridade social.

Nesse contexto, parte-se, na presente obra, da percepção de que a rapidez com que se alteram os cenários político, econômico e social, aliada à crescente complexidade da sociedade contemporânea, tem exigido um profundo redimensionamento do papel da política e das instituições jurídicas no corpo social. Aquele modelo jurídico de cunho marcadamente conservador, no mais das vezes indiferente às pressões das massas populares e às lutas pelo direito a ter direitos, vem sendo paulatinamente superado por um (novo) modelo de Estado, mais democrático, socializante e inclusivo, que assume obrigações prestacionais e onerosas - de intervenção - e que, ao buscar efetivá-las, dialoga com os anseios dos mais diferentes conjuntos de atores sociais, concertando-os.

E, nesse contexto de redimensionamento do papel do Estado, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas tem sustentado que os poderes públicos têm a obrigação de assegurar, em todo o momento, inclusive em épocas de crises ou de dificuldades fáticas, e mesmo diante da reserva do possível, ao menos os conteúdos essenciais de cada um dos direitos fundamentais, impondo aos Estados membros das Nações Unidas e às diversas esferas desses Estados um dever de não regressividade em matéria de direitos fundamentais. Da mesma forma, diferentes ordenamentos consagram a obrigação dos Estados, de respeito ao conteúdo mínimo/essencial dos direitos reconhecidos como fundamentais em constituições ou em convenções e tratados internacionais - sejam eles categorizados como civis, políticos ou sociais -, conteúdo que está condicionado apenas pelo contexto em que se aplica o direito e que admite permanente atualização histórica, que não pode ser delegada, contudo, ao alvedrio dos agentes políticos e administrativos de turno. Esse mínimo/essencial, “núcleo duro” dos direitos fundamentais relacionado ao mínimo existencial e à dignidade humana, será, sempre, uma barreira intransponível, que obriga a uma permanente delimitação e demanda certa integração entre justiça e política, entre juízes e administradores públicos.

Admite-se, assim, a existência de um continuum entre uns e outros direitos axiologicamente categorizados como fundamentais - civis, políticos e sociais -, direitos que têm um papel funcional específico no ordenamento jurídico do Estado democrático de direito, sem que nem as obrigações que eles contêm, nem o caráter de sua formulação possa convertê-los em direitos de livre configuração legislativa, tampouco em direitos cuja efetividade fica sujeita ao alvedrio dos agentes políticos e/ou administrativos de turno.

Os direitos fundamentais sociais são, assim, direitos exigíveis, conquanto para a sua vigência (eficácia) plena seja imprescindível - de uma forma ou de outra - a intervenção legislativa e a ação do Poder Executivo, inclusive através de formulação, aplicação, avaliação e controle de políticas públicas sociais. São direitos plenamente jurisdicionáveis, portanto, ou seja, direitos que podem ser exigidos diante de um tribunal e que devem ser por ele tutelados.

Nesse contexto, a presente obra insere-se em uma proposta investigativa que pretende problematizar a configuração contemporânea dos direitos fundamentais sociais e a sua efetividade.

Por se tratar de resultado parcial do Projeto de Pesquisa “Arranjos Inovadores de Garantia do Trabalho Decente e dos Pisos Universais de Seguridade Social”, vinculado à Linha de Pesquisa “Direitos Fundamentais Sociais: Relações de Trabalho e Seguridade Social”, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina, esta obra foi escrita com a finalidade de consubstanciar referência bibliográfica obrigatória das disciplinas pertinentes, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A par da existência de diversos argumentos que desmentem a tese segundo a qual os direitos sociais são direitos estruturalmente diferentes dos direitos civis e políticos, essa caracterização (ainda) tem um forte impacto sobre a questão da tutela dos direitos sociais, que tradicionalmente são vistos como direitos não fundamentais e, assim, de tutela debilitada, pois não contam com mecanismos de proteção e com garantias similares àqueles que dizem respeito aos direitos civis e políticos.

Essa formulação implica, por um lado, que os direitos sociais apresentar-se-iam como direitos de livre configuração legislativa, ou seja, direitos cuja realização ficaria submetida ao alvedrio dos poderes de turno, que decidiriam o que fazer com eles, sem que pudéssemos impor maiores limites ou vínculos a essa discricionariedade, e, por outro lado, que os direitos sociais não seriam direitos plenamente jurisdicionalizáveis, ou seja, não poderiam ser invocados *tout court* perante um tribunal com o objetivo de que um órgão jurisdicional viesse a estabelecer medidas de reparação diante da sua violação por parte dos poderes políticos ou de atores privados.

Inicialmente, em um plano axiológico, como já afirmamos, o que caracteriza um direito como *fundamental* é, sobretudo, a sua pretensão de tutela de interesses ou necessidades básicas, ligadas ao princípio da igualdade real. É o caráter generalizável desses interesses, a todas as pessoas, em síntese, que converte em inalienável e indisponível um direito, de forma que *direitos fundamentais*, *direitos humanos* e *direitos das pessoas* têm, nessa perspectiva, significados similares¹.

Sobre um ponto de vista dogmático, todavia, a situação apresenta-se um pouco mais complexa. Em linhas gerais, temos que, habitualmente, os direitos ditos *fundamentais* são aqueles a que se atribui maior relevância dentro de um determinado ordenamento jurídico, relevância que pode ser medida a partir da inclusão desse direito em normas de maior valor no âmbito do ordenamento interno, como as constitucionais, ou mesmo em tratados e convenções internacionais².

É possível, assim, e mesmo desejável, que determinados direitos, que poderiam ser considerados fundamentais desde um ponto de vista axiológico, também o sejam a partir de uma perspectiva dogmática. Mas nem sempre há essa conexão, de forma que os ordenamentos podem incorporar, em si, como fundamentais, interesses e necessidades discriminatórios ou excludentes, sempre criticáveis do ponto de vista axiológico³.

De qualquer forma, contra a tese segundo a qual os direitos sociais são direitos de tutela frágil, debilitada, afirmamos que não são, de fato, as garantias concretas de determinado direito que permitem categorizá-lo como fundamental ou não. Ao contrário, é precisamente a inclusão de um direito, no ordenamento positivo, como fundamental que obriga os operadores jurídicos a maximizarem os mecanismos necessários à sua garantia e proteção. Portanto, se a partir de uma

¹ Ou seja, a ideia de *direito fundamental*, em um plano axiológico, concerne às prerrogativas e às instituições que o ordenamento positivo concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. Sua *fundamentalidade* decorre do fato de que, sem ele, a pessoa não se realiza, não convive e, em situações mais radicais, sequer sobrevive: são direitos imprescindíveis para a vida digna e, por isso, exigíveis *em nome de todos e para todos* os cidadãos/administrados.

² Nesse sentido, ver Freire (1997, p. 1120).

³ Assim, v.g., a Constituição dos Estados Unidos consagra, na sua Segunda Emenda, como *fundamental*, o direito ao porte de armas - “[...] the right of people to keep and bear arms shall not be infringed” -, enquanto o Tratado Constitucional Europeu (2004) estabelece uma clara prioridade para as liberdades de mercado sobre os direitos sociais.

perspectiva axiológica podemos dizer que há certa equivalência entre as expressões “direitos fundamentais”, “direitos humanos” e “direitos das pessoas”, a partir de uma perspectiva dogmática podemos dizer que há certa equivalência entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos constitucionais”⁴.

Nos ordenamentos atuais, o reconhecimento de um direito como fundamental, por si só, implica a atribuição ao mesmo de um conteúdo mínimo e, com isso, a imposição de certas obrigações elementares para os poderes públicos, inclusive - ou principalmente - obrigações de não discriminação, de não regressividade e de progressividade. Isso não obsta, por certo, que o alcance concreto de determinados direitos dependa do que os próprios ordenamentos vierem a estipular. Há constituições, como a brasileira de 1988, que desenvolvem de maneira bastante minuciosa o conteúdo dos direitos sociais⁵; outras, somente oferecem regulações mínimas dos direitos sociais, ou relegam esses direitos ao âmbito dos direitos meramente implícitos⁶. Há constituições que estipulam, com detalhes, as obrigações que a consagração de um direito comporta para os poderes públicos e mesmos para os atores privados, enquanto outras apenas fazem menção a essas obrigações⁷.

Se a inserção, no texto constitucional, indica o caráter fundamental de um direito social, isso não é, todavia, um requisito absolutamente imprescindível, dado o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos, pois qualquer Constituição que inclua o princípio da igualdade em matéria de direitos civis e políticos básicos estaria portando, no fundo, um mandado de generalização que obrigaria à inclusão, ao menos de forma indireta, dos direitos sociais a eles vinculados⁸. Isso ocorre, atualmente, em diversos ordenamentos que não reconhecem, explicitamente, os direitos sociais, ou não outorgam, de forma expressa, a esses direitos o *status* de direitos fundamentais. Assim, v.g., nesses ordenamentos, o direito à moradia digna tem sido deduzido a partir de outros direitos, como o da inviolabilidade de domicílio, à intimidade ou à vida privada e familiar⁹.

Quando afirmamos que os direitos sociais são direitos de configuração legislativa, as ideias que nos vêm são as de que, a par do seu reconhecimento constitucional, esses direitos apenas se tornam exigíveis a partir do momento em que sejam desenvolvidos pelo legislador, e de que o legislador, como representante da vontade expressa nas urnas, tem uma margem discricionária quase ilimitada para proceder ou não a esse desenvolvimento. Essas ideias, no entanto, não se sustentam.

Todos os direitos, e não apenas os direitos sociais, mas também os direitos civis e políticos - de participação -, são direitos de configuração legislativa, no sentido de que, para a sua vigência (eficácia) plena, é imprescindível - de uma ou de outra forma - a intervenção legislativa. A lei,

⁴ Dessa forma, a eventual ausência de garantias, legislativas ou jurisdicionais, para um direito constitucional, seja ele de dimensão civil, política ou social, não leva à conclusão de não se tratar de um direito fundamental, mas, ao contrário, demonstra a falta de cumprimento, ou o cumprimento insuficiente, do mandado implícito de atuação contido na norma, por parte dos operadores políticos e jurídicos. Não é o direito que não é fundamental, mas o poder político é que incorre em uma atuação desvirtuada ou omissa, que deslegitima essa atuação. Nesse sentido, ver Ferrajoli et al. (2001, p. 45).

⁵ Nesse sentido, também, as Constituições da Itália, de 1947, e de Portugal, de 1976. A Constituição da África do Sul, de 1996, incorpora direitos sociais *emergentes*, que vão além dos tradicionais, como o direito ao acesso à água.

⁶ Por exemplo, a Constituição dos Estados Unidos da América.

⁷ A Constituição do Equador (1996), v.g., estipula, no seu art. 96, que “En el presupuesto se destinará no menos del treinta por ciento de los ingresos corrientes del gobierno central para la educación y la erradicación del analfabetismo.”

⁸ Recordamos aqui a ideia de que todos os direitos fundamentais são indivisíveis e interdependentes.

⁹ No caso *López Ostra contra España* (1994), o Tribunal Europeu de Direitos Humanos considerou que a ausência de controle dos poderes públicos sobre uma indústria poluente que afetava a saúde e a segurança das pessoas que viviam nas suas imediações constituía uma violação do direito à vida privada e familiar. No caso, estão envolvidos direitos ao meio ambiente, à saúde e à moradia (direitos sociais), de forma inter-relacionada.

tanto pela legitimidade formal dos órgãos de que provém, quanto pelo seu alcance potencialmente generalizável, é uma fonte privilegiada de produção jurídica nos ordenamentos modernos e constitui uma garantia primária da satisfação de qualquer direito¹⁰.

Todos os direitos fundamentais - civis, políticos, sociais - exigem prestações legislativas¹¹, que podem, é claro, ter diferentes alcances. A maior ou menor regulação, por certo, poderá reforçar ou debilitar as possibilidades de exigibilidade judicial dos direitos em questão, mas não impede, por si só, que esses direitos tenham, ao menos, um conteúdo mínimo indisponível aos poderes de turno e suscetível, por isso mesmo, de algum tipo de tutela jurisdicional, mesmo à falta de regulação legislativa¹².

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas tem sustentado que os poderes públicos têm a obrigação de assegurar, em todo o momento, inclusive em épocas de crise ou de dificuldades fáticas, ao menos os conteúdos essenciais de cada um dos direitos sociais¹³. Da mesma forma, diferentes ordenamentos consagram a obrigação dos Estados, de respeito ao conteúdo mínimo ou essencial dos direitos sociais reconhecidos em constituições ou convenções e tratados internacionais¹⁴, conteúdo que está condicionado apenas pelo contexto em que se aplica o direito, e que admite uma permanente atualização histórica¹⁵.

De qualquer forma, esse mínimo será, sempre, uma barreira intransponível, que obriga a uma permanente delimitação que demanda certa integração entre justiça e política, entre juízes, administradores públicos e legisladores. O que sustentamos é que o reconhecimento constitucio-

¹⁰ Nesse sentido, Sheinin (apud EIDE, 1995, pp. 54 et seq.) e Liebenberg (apud EIDE, 1995, pp. 79 et seq.).

¹¹ Assim, v.g., a eficácia do direito à saúde pressupõe leis que evitem as discriminações no acesso aos serviços sanitários básicos ou que intervenham no mercado para assegurar medicamentos básicos a baixo custo.

¹² No caso brasileiro, a Constituição de 1988 estabelece que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5.º, § 1.º).

¹³ “*In order for a State party to be able to attribute its failure to meet at least its minimum core obligations to a lack of available resources it must demonstrate that every effort has been made to use all resources that are at its disposition in an effort to satisfy, as a matter of priority, those minimum obligations. [...] The Committee wishes to emphasize, however, that even where the available resources are demonstrably inadequate, the obligation remains for a State party to strive to ensure the widest possible enjoyment of the relevant rights under the prevailing circumstances. Moreover, the obligations to monitor the extent of the realization, or more especially of the non-realization, of economic, social and cultural rights, and to devise strategies and programmes for their promotion, are not in any way eliminated as a result of resource constraints. [...] Similarly, the Committee underlines the fact that even in times of severe resources constraints whether caused by a process of adjustment, of economic recession, or by other factors the vulnerable members of society can and indeed must be protected by the adoption of relatively low-cost targeted programmes.*” (Comentário Geral n.º 3, 1990). O Comitê sustenta o direito ao mínimo existencial, mesmo em épocas de crise ou de dificuldades fáticas, valendo-se da análise preparada pela UNICEF no documento intitulado “*Adjustment with a human face: protecting the vulnerable and promoting growth.*” (1989).

¹⁴ Por exemplo, o art. 19 da Lei Fundamental de Bonn (1949), “(1) *Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muß das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten. Außerdem muß das Gesetz das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen. (2) In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden*” - Quando, de acordo com a presente Lei fundamental, um direito fundamental puder ser restringido por uma lei ou em virtude de uma lei, esta deve valer de forma geral, e não somente para um caso específico. O direito fundamental, além disso, deve estar enunciado na lei, com a indicação do artigo referido. Isso não deve, todavia, em caso algum, importar em infração à substância de um direito fundamental (trad. do a.). No mesmo sentido, o art. 18 da Constituição portuguesa (1976), “(1) Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. (2) A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitarem-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. (3) As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

¹⁵ O conteúdo essencial desses direitos não comporta uma concepção abstrata ou transcendente: a fronteira entre aquilo que podemos considerar essencial, ou básico, e aquilo que podemos caracterizar como adicional, ou não essencial, é sempre móvel, histórica e aberta.

nal dos direitos sociais, por si só, determina, em qualquer circunstância, e mesmo em tempos de crises econômicas, um núcleo indisponível para os poderes de turno, inclusive - se não sobretudo - para a administração pública e para os órgãos jurisdicionais, razão pela qual nenhum desses poderes pode deixar de reconhecê-los e, assim, de assegurá-los a todas as pessoas, sobretudo para aquelas que se encontram em posição mais vulnerável¹⁶.

Em síntese, ou todos os direitos, civis, políticos e sociais, são, estruturalmente ou por razões de conveniência política, direitos de livre configuração legislativa, que ficam com a sua efetividade vinculada à discricionariedade dos poderes de turno, ou são, como afirmamos, todos, direitos cujos limites, positivos ou negativos, são indisponíveis aos poderes de turno, inclusive às maiorias legislativas ou aos órgãos jurisdicionais. Assumimos, assim, o ideal normativo da democracia constitucional, ou de uma democracia em que a satisfação ou não de um direito a que se vincula a segurança material e a autonomia da pessoa não esteja alienada à discricionariedade de nenhum poder¹⁷.

Nesse contexto, a concepção contemporânea de Estado, categoria estruturante do pensamento da modernidade ocidental (CANOTILHO, 2002, p. 89), consubstanciada na moderna fórmula do “Estado democrático de direito”, pressupõe uma ordem constitucional democrática e socializante que, por sua vez, como forma de racionalização e de generalização do político e do princípio democrático, estrutura-se a partir de uma articulação sinérgica entre o direito e o poder, na qual o direito constitui o poder político e vice-versa (HABERMAS, 1992, p. 213), articulação que, por um lado, limita o poder do Estado pelo direito, e, por outro lado, legitima esse mesmo poder. Brito (2001, p. 39 e ss).

É, assim, a Constituição,¹⁸ criadora e ordenadora de uma comunidade jurídica e política, que contém, como regra geral, as normas jurídicas que delimitam os órgãos supremos do Estado, estabelecendo a forma de criá-los, as suas relações recíprocas e as suas áreas de influência, além da posição do indivíduo em relação ao poder estatal. (JELLINEK, 1921, p. 505), mas que também assume certos cânones, paradigmas para a configuração do presente e do futuro de uma sociedade, dotando-os, sobretudo no âmbito das garantias e dos direitos chamados *fundamentais*, de força verdadeiramente vinculante para todo o ordenamento jurídico,¹⁹ que institucionaliza e, em consequência, limita e legitima o exercício do poder estatal e, em última análise, a própria existência do Estado.²⁰

Esses, os direitos fundamentais, constituem a razão de ser do Estado de direito, sua finalidade mais radical, o objetivo e critério que dá sentido aos mecanismos jurídicos e políticos que

¹⁶ Assim, segundo Langford (apud PISARELLO, 2007, p. 86), “No sólo existiría, en suma, un contenido mínimo o esencial atribuible a cada derecho civil, político o social, de manera aislada, sino también un mínimo de población, la integrada por los colectivos en mayor situación de vulnerabilidad, que, sobre todo en épocas de crisis, debería gozar de la protección prioritaria de los poderes públicos.”

¹⁷ Segundo Sadek (2001, p. 4), as “sociedades democráticas caracterizam-se, sobretudo, por formas de organização institucional que visam a combater o arbítrio e permitir a participação de cidadãos. A despeito de serem muitas as definições de democracia, há um consenso de que se trata, na idade moderna, de um sistema de governo regido por Leis que limitam as competências dos detentores do poder e garantem direitos.”

¹⁸ É no movimento do constitucionalismo que se articula a ideia de Constituição como um produto da razão, na esteira do racionalismo iluminista que funda, no âmbito da teoria do Estado, a ideia de um estatuto (Constituição) escrito, criador e ordenador da comunidade política. Nesse sentido, ver Schmidt-Assman (1967) e Matteucci (1976).

¹⁹ Nesse sentido, ver Hesse (1995).

²⁰ Segundo Smende (1968, p. 136 et seq.), o nascimento e a existência do Estado, como unidade política de ação, são condicionados ao êxito do processo de integração estatal, no que se contempla um elemento fundamental de sua essência, a Constituição, o próprio ordenamento jurídico diretor desse processo de integração estatal.

compõem o Estado. A democracia não se limita à participação em decisões, alcançando, também, a participação em resultados, ou seja, em direitos, liberdades, atingimento de expectativas e suprimento de necessidades vitais. O Estado de direito, nessa sua empírica e também racional vinculação e inter-relação com a democracia, converte em sistema de legalidade tal critério de legitimidade; em concreto, institucionaliza de uma forma ou de outra essa participação em resultados, ou seja, garante, protege e realiza os direitos fundamentais.²¹

Portanto, mais do que um simples documento cartular no qual estão delineadas as formas de conquista e de exercício do poder e descritos os direitos e as garantias fundamentais do indivíduo em face do poder do Estado, a Constituição, cumprindo as tarefas fundamentais de formação e de conservação da unidade política do Estado, consubstancia em si não apenas a ordem jurídica fundamental do Estado - ou seja, o estatuto fundamental dos órgãos supremos do Estado -, mas também a ordem jurídica da vida não estatal dentro do território estatal - ou seja, a ordem jurídica fundamental de uma comunidade e a compensação possível entre os diferentes interesses e aspirações individuais e/ou coletivos em conflito no âmbito dessa comunidade -, tarefa arquetípica e concomitante condição de existência do Estado contemporâneo (HESSE, 2009, p. 4-7).

Por isso, qualquer que seja o conceito - e a própria justificação - do Estado contemporâneo, este só se pode conceber como Estado constitucional (CANOTILHO, 2002, p. 92). Mas o Estado constitucional da atualidade não é somente um “Estado de direito”, ou seja, não se esgota no tradicional *État légal* da declaração francesa de 1789,²² tampouco no *Rechtsstaat* alemão do início do século XIX:²³ o Estado constitucional contemporâneo estrutura-se, sobretudo, como um “Estado democrático de direito” (ou um “Estado constitucional democrático de direito”), ou seja, como uma ordem de domínio constitucional legitimada pelo povo, que articula o direito e o poder político em bases democráticas a partir do princípio da soberania popular, princípio segundo o qual o poder político deriva do poder dos cidadãos.²⁴

É nesse contexto, amplamente relacionado com as ideias de *contrato social* e de *vontade geral*,²⁵ ou seja, de um pacto social instituinte, elemento utópico que é, por um lado, revolucionário ao seu tempo, e, por outro lado, fundante de um discurso moderno sobre a democracia, que o poder político emerge contemporaneamente como uma *authorizing force* (força autorizadora)

²¹ Na modernidade, são os *direitos humanos fundamentais* - ou, melhor, o respeito efetivo aos *direitos humanos fundamentais* - que constituem o principal referente para avaliar a legitimidade de um ordenamento jurídico-político, internamente ou perante a comunidade internacional. Assim, no âmbito do constitucionalismo social contemporâneo, o tratamento especial/privilegiado concedido aos direitos humanos justifica-se a partir de uma profunda afinidade axiológica e normativa entre o direito internacional contemporâneo, que, a partir da Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, confere especial hierarquia para os direitos humanos, e o direito interno de cada país membro da ONU, que confere, de forma similar, com maior ou menor ênfase, uma especial hierarquia para esses direitos, considerados fundamentais/constitucionais. É natural que as constituições contemporâneas, ao menos no Ocidente, tendam a realçar essa profunda afinidade, conferindo um *status* especial para os instrumentos internacionais de direitos humanos, inclusive submetendo-se, os respectivos países, à jurisdição de tribunais internacionais. No caso brasileiro, v.g., a Constituição de 1988 dispõe que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” e que “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão” (art. 5.º, §§ 2.º e 4.º, este último incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004).

²² Sobre o “Estado legal” ou “Estado de legalidade”, ver Malberg (1922).

²³ Sobre o *Rechtsstaat* alemão, que aparece como uma dimensão do constitucionalismo, ver Hofmann (1986).

²⁴ Conforme Böckenförde (1987, p. 887 et seq.). Na Constituição brasileira de 1988, o princípio da soberania popular está enunciado no parágrafo único do art. 1º: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

²⁵ Mas adiante, resgataremos as ideias de *contrato social* e de *vontade geral* na perspectiva da teoria contratualista de Rousseau, ideias em que se funda a obrigação política moderna.

da soberania popular, força que cria um direito legítimo e funda as suas instituições, vinculando-as às razões que as fizeram exsurgir (ARENDR, 1989, p. 112).

Esse “Estado constitucional democrático de direito” é tributário, ademais, da ideia de democracia econômica, social e cultural, consequência política e lógico-material do próprio princípio democrático.²⁶ Assim, com maior ou menor ênfase, quase todos os Estados democráticos ocidentais integraram ao “núcleo duro” das suas constituições o princípio da *solidariedade* - ou *socialidade* -, que se concretiza nos direitos sociais, mas não se esgota neles, espalhando-se sobre todo o ordenamento jurídico.²⁷ O Estado democrático de direito consiste, nesse contexto, na persecução de justiça social, segurança social e assistência social, desvelando-se a solidariedade, a partir disso, como direito e dever social (YAMASHITA, 2005, p. 56; SCHWARZ, 2011, p. 1138).

Por isso, atualmente, é impossível desvincular a ideia de Estado, como o próprio tema da democracia e do poder político, do exercício da gestão dos interesses públicos e da sua própria demarcação (WARAT, 1994, p. 18), pois o Estado democrático de direito, ancorado na soberania popular, deve pautar-se pela busca de superação de déficits de inclusão social e participação política, proporcionando novos espaços de interlocução, deliberação e execução, assegurando aos cidadãos/administrados as prestações necessárias e os serviços públicos adequados ao desenvolvimento de suas vidas, contemplados não apenas a partir das liberdades civis tradicionais, mas a partir dos direitos econômicos, sociais e culturais garantidos pela ordem constitucional social (LEAL, 2006, p. 34; BÖCKENFÖRDE, 1987, p. 887 e ss).

A Constituição impõe ao Estado um dever de *realizar* os direitos fundamentais, sobretudo porque a dignidade humana constitui um *valor constitucional supremo*²⁸, o epicentro de todo o ordenamento jurídico, em torno do qual gravitam todas as demais normas (GANDINI; BARIONE; SOUZA, 2010, p. 86). Os direitos sociais, direitos que sustentam o conceito de mínimo existencial, não podem deixar de ser concretizados sem que se viole profundamente esse valor supremo que é a dignidade humana (TORRES, 1995, p. 133). Para isso o Estado institui entidades públicas, ligadas à administração, para que diretamente, ou mediante cooperação com entidades do setor privado, formule e execute as políticas públicas sociais mais adequadas às necessidades da população que atende: uma *administração pública democrática de direito*,²⁹ ou seja, uma administração pública que, quando está promovendo os seus atos oficiais, cumprindo as suas atribuições normativas e políticas de acordo com o interesse público, o faz respeitando e perseguindo os ditames concernentes à realização dos direitos fundamentais - civis, políticos, sociais - que articulam a cidadania

²⁶ Nesse sentido, ver Böckenförde (1976).

²⁷ Nesse sentido, ver Resta (2005), Hofmann et al. (1998) e Takoi (2011).

²⁸ Segundo a Constituição brasileira de 1988, a “dignidade da pessoa humana” é um dos fundamentos da República (art. 1º, inc. III).

²⁹ A expressão, fundada em Habermas (1973), é de Leal (2006, p. 55).

moderna:³⁰ em síntese, uma *boa administração pública*³¹, uma *administração pública eficiente e eficaz*,³² uma *administração pública dialógica*.³³

O que buscamos demonstrar nesta obra, portanto, é que Estado, poder político e sociedade relacionam-se reciprocamente, revelando-se imprescindível, na atualidade, conceber o Estado democrático de direito como resultado e condicionado a uma ordem constitucional vinculada à soberania popular e à democracia como valor (e não apenas como processo) - um Estado constitucional que, na tomada das decisões administrativas, precisa zelar pelo isento dever de oferecer legítimas e boas razões de fato e de direito (FREITAS, 2009, p. 20)³⁴ -, fundada em princípios como:

- a) o do direito subjetivo à participação na formação democrática da vontade política, com igualdade de condições e chances, através de instrumentos e procedimentos eficazes e transparentes;
- b) o da garantia de uma tutela jurisdicional independente;
- c) o do controle - inclusive controle judicial - sobre a administração pública,³⁵ que objetiva impedir que o poder social se reduza a um poder meramente administrativo.

³⁰ Reportamo-nos, novamente, a Marshall (2002, p. 195), no sentido de que os três elementos articuladores da *cidadania moderna* seriam os direitos civis, os direitos políticos e os direitos sociais: os direitos civis diriam respeito aos direitos “necessários à liberdade individual”; os direitos políticos, aos direitos “de participação no exercício do poder político”; e os direitos sociais a “todo um conjunto de direitos, desde o direito a um mínimo de bem-estar e segurança econômica até ao direito a partilhar em pleno na herança social e a viver a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões pre-valetentes na sociedade.” (MARSHALL, 1992). Esses direitos - civis, políticos, sociais -, fundamentais, interdependentes e concomitantemente exigíveis, alcançariam os espaços de atuação mais corriqueiros e fundamentais da cidadania, a partir dos quais há a proliferação de tantos outros direitos.

³¹ A Carta de Nice (Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia) estabelece, no seu capítulo devotado à Cidadania, no seu art. 41, o direito fundamental dos cidadãos/administrados a uma *boa administração*: “1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente, o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial, a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. 4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.”

³² Freitas (2009, p. 22), ao tratar do *direito fundamental à boa administração* no Brasil, define-o como o “direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora dos seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.”

³³ A expressão é utilizada, aqui, para identificar como “condição para a atuação administrativa a prévia realização de um verdadeiro e efetivo diálogo com todos aqueles que terão suas esferas de direitos atingidas pela atuação estatal.” (MAFFINI, 2010, p. 133). Para Freitas (2009, p. 29), disso decorre o aprofundamento (mais que a ampliação) da sindicabilidade dos atos administrativos - ademais, ao lado do direito à administração pública dialógica, colocam-se, segundo Freitas (2009, p. 22-3), como decorrências do direito fundamental à boa administração pública, o direito à administração pública transparente, o direito à administração pública imparcial, o direito à administração pública proba, o direito da administração pública respeitadora da legalidade e o direito à administração pública preventiva, precavida e eficaz (não apenas eficiente).

³⁴ Sobre a questão, ver, também, Neves (1967).

³⁵ Diferentes articulações desses princípios podem ser encontradas em Díaz (1975, p. 29), que caracteriza o Estado de direito contemporâneo a partir das seguintes características: (a) império da lei (lei como expressão da vontade geral); (b) divisão dos poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário); (c) legalidade da administração pública (atuação segundo a lei e suficiente controle judicial); e (d) direitos e liberdades fundamentais (garantias jurídico-formais e efetiva realização material).

Tal ordem impõe tarefas ao Estado, de conformação, transformação e modernização das suas estruturas econômicas, sociais e culturais, de forma a promover a igualdade real entre os cidadãos/administrados sob a ótica de uma “justiça constitucional” travestida de “justiça social” (CANOTILHO, 2002, p. 336; MELLO, 2009a, p. 31-39), inspirada na solidariedade (*socialidade*), no dever de progressividade em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais e na proibição de retrocesso social.



Capítulo I

Os Fundamentos do Estado Democrático de Direito

Na práxis jurídico-política da atualidade, o Estado democrático de direito é, sobretudo, um Estado *constitucional* em prol do cidadão/administrado, ou seja, um Estado no qual o exercício do poder político está limitado constitucionalmente a fim de proteger-se o cidadão/administrado dos abusos de poder (um Estado tributário de conquistas históricas, como o *État légal* francês e o *Rechtsstaat* alemão). Não se trata, todavia, de um Estado não interventor, meramente liberal ou abstencionista, mas de um Estado que efetivamente intervém nos domínios econômico e social em prol da concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos/administrados e da persecução de “justiça social”, de acordo com o projeto político e jurídico traçado pelo pacto social instituinte derivado da vontade geral, ou seja, da soberania institucionalizada dos cidadãos/administrados: a Constituição (um Estado que, nesse sentido, é tributário da ideia de *Estado social*). Assim, na contemporaneidade, um Estado não pode ser qualificado como democrático se não se constitui sob a tessitura de um Estado constitucional e com alguma dimensão social,³⁶ ou seja, a tessitura do Estado *constitucional e social de direito* é, ela mesma, por si só, uma condição necessária (*sine qua non*) para a democracia.³⁷

O Estado democrático de direito corresponde, assim, à institucionalização jurídico-política da democracia: trata-se, com o Estado democrático de direito, de converter-se em *legalidade* (a Constituição e as normas infraconstitucionais dela derivadas) o sistema de valores que caracteriza a legitimidade democrática. As formas como interagem legalidade e legitimidade variam, obviamente, na história da modernidade, mas ambas se articulam a partir de um núcleo comum fundamental, na medida em que avançam no sentido de identificarem-se com um maior apoio fático social, ou seja, com a *legitimação*.³⁸

Essa concepção contemporânea de Estado, categoria estruturante do pensamento da modernidade ocidental (CANOTILHO, 2002, p. 89), desenvolve-se a partir de um processo relativamente linear e cronológico que, entre os séculos XVII e XIX, rompe com os paradigmas econômicos, sociais e culturais do feudalismo e consolida, na Europa, na transição da Idade Moderna para a Idade Contemporânea, um novo modelo de racionalização do político e de inter-relação entre as nações. Ainda que se possa questionar, evidentemente, essa linearidade cronológica³⁹, é certo que a história do Estado-nação eurogênico/eurocêntrico, como sistema de organização permanente, duradoura, pautada na razão, é tributária das revoluções iluministas dos séculos XVII a XIX - e do conseqüente movimento do *constitucionalismo* - e do modelo de Estado emergente da “Paz de

³⁶ Essa dimensão social poderá ter maior ou menor grau, conforme o projeto político e jurídico traçado na Constituição de cada país, mas sempre estará presente.

³⁷ Nesse sentido, ver Baynes (1995).

³⁸ Sobre a tensão entre a *vontade do povo* e a *rule of law* no cerne do Estado democrático de direito, ver Sejerstedt (1993, p. 131 e ss) e Smith (1980, p. 213 e ss).

³⁹ Evidentemente, esse *processo* não se desenvolveu de forma homogênea, nem simultânea, para os distintos reinos da Europa Ocidental que se tornariam Estados-nações.

Westfália” (1648),⁴⁰ que levaram, *tout court*, à superação da sociedade estamental do *Ancien Régime*⁴¹ e do antigo *Polizeistaat* (“Estado de polícia”).⁴²

Podemos afirmar, sobretudo, que o Estado democrático de direito encontra suas raízes mais profundas na cultura e na filosofia política do iluminismo.⁴³ A cultura do Estado de direito (liberalismo político, potencial democrático) é - implica - a cultura do iluminismo, a razão e a liberdade iluminadas. Deriva assim, primeiro, do jusnaturalismo racionalista (a partir do que melhor se compreende a *legitimidade legal-racional* de Max Weber⁴⁴) e, depois, do racionalismo crítico - que não é jusnaturalista, tampouco, embora, positivista.⁴⁵ A razão crítica iluminista implica, em relação à democracia e ao Estado democrático de direito, que todos os cidadãos/administrados devem saber (*sapere aude*), compreender e deliberar, para que, dessa forma, melhor se participe e decida. Nisso - em suas decisivas implicações sociais - consiste substancialmente o iluminismo tal e como ainda atualmente pode ser invocado e fazer-se valer na atual polêmica da/sobre a *pós-modernidade*.⁴⁶

Isso implica uma correlação - coerência interna no contexto da razão crítica - entre

- a) princípios éticos baseados na liberdade e na efetiva autonomia individual;
- b) exigências políticas de caráter democrático-participativo;

⁴⁰ A “Paz de Westfália” designa o conjunto de tratados que encerrou a Guerra dos Trinta Anos. O primeiro tratado, hispano-holandês, foi assinado no dia 30 de janeiro de 1648 (Münster). O segundo tratado, entre Fernando III, Imperador Romano-Germânico, os demais príncipes alemães, França e Suécia, foi assinado em 24 de outubro de 1648 (Osnabrück). O Tratado dos Pirineus, que encerrou a guerra entre França e Espanha, e foi assinado em 7 de novembro de 1659 (Isla de los Faisanes), também é habitualmente considerado como inserido no âmbito da “Paz de Westfália”. Por fim, à “Paz de Westfália” sucederam-se a “Paz de Augsburg” e a “Paz de Praga”. A “Paz de Westfália” é apontada habitualmente como o marco inicial da diplomacia moderna e da ideia de unidade política soberana do Estado, hoje relativamente em crise como resultado dos fenômenos da globalização, da internacionalização e da integração transnacional. As guerras posteriores à “Paz de Westfália” não mais tiveram como causa principal as diferenças religiosas entre os europeus, mas giravam em torno de questões de Estado. Isto permitiu que potências católicas e protestantes pudessem se aliar, provocando grandes inflexões no alinhamento dos países europeus. Além disso, a afirmação da soberania do Estado-nação inviabilizou a pretensão do Sacro Império Romano, de ter a primazia sobre a cristandade, e fortaleceu as divisões internas da Alemanha, que somente se formaria como Estado-nação ao final do século XIX, sob o governo da dinastia prussiana dos Hohenzollern.

⁴¹ Referimo-nos ao sistema político, econômico e social aristocrático vigente na França (e de forma similar na maioria dos países europeus) entre os séculos XVI e XVIII, dividido em três estamentos (estados) - o clero, a nobreza e o restante da população - e de cunho absolutista e mercantilista, oposto àquilo que identificamos como o *État légal* francês.

⁴² Na doutrina alemã, o “Estado de polícia”, absolutista, caracteriza-se pela atuação dos órgãos de governo sem prévio delineamento legal, de forma que as suas ações administrativas eram pautadas apenas no “bem-estar” dos administrados, definido e delineado exclusivamente pela própria autoridade administrativa (VEHERVARY; STANGL, 2000, p. 49). Na teoria política contemporânea, utiliza-se o termo para identificar um sistema político no qual a polícia estatal tem supremacia absoluta sobre o indivíduo, ressaltando o contraste entre essa polícia, típica de um Estado absoluto, e o Estado de direito (*Rechtsstaat*) (KROESCHELL, 2008, p. 81). Seus sucedâneos contemporâneos no sistema político são os Estados de *controle* (*Überwachungsstaat*) e de *prevenção* (*Präventionsstaat*), Estados de enorme déficit democrático, que mantêm vigilância maciça sobre os cidadãos/administrados, monitorando os seus atos e restringindo as suas liberdades civis, políticas e sociais por questões de “segurança”.

⁴³ O Estado moderno parece ser tributário, sobretudo, das ideias de Immanuel Kant, sobretudo da proposta kantiana de que os homens têm uma obrigação absoluta - o imperativo categórico - de regular a sua conduta, do que derivam máximas fundamentais a um Estado de direito, como a de que “a política deve seguir o direito” ou a de que “o direito jamais deve adequar-se à política, mas a política sempre deve adequar-se ao direito”, etc. Nesse sentido, ver Formosa (2008).

⁴⁴ Sobre a relação entre a lei e a legitimidade racionalizada, ver Weber (1964, p. 173).

⁴⁵ A cultura do Estado de direito não se reduz, como queria Carl Schmitt, às posições doutrinárias do positivismo formalista. Sobre o pensamento positivista de Carl Schmitt, ver Alvarez (2007).

⁴⁶ Sobre o movimento político-cultural em que se insere o iluminismo e suas consequências, ver Enterría (1994), Wieäcker (1980), Wiese (1979) e Groethuysen (1956).

- c) construções jurídicas institucionais para a proteção de liberdades e direitos fundamentais. Ou, de outra forma, correlação entre *democracia como moral*, *democracia como política* - imprescindível, mas, por si só, evidentemente insuficiente sem aquela - e *democracia como institucionalização jurídica* (Estado democrático de direito).

O processo de decisão democrática é o que mais se identifica com o processo de decisão ética (autonomia moral) e este, por sua vez, é o que contém em si maiores e melhores possibilidades para a atuação e a realização dessas autonomias individuais.⁴⁷ O sistema democrático é, também por isso, o mais ético e o mais justo.⁴⁸

Essa coerência interna não implica negação ou ocultação da constante tensão entre ética e política (e direito) - as relações são complexas e nem sempre há soluções fáceis para os conflitos -, mas ela tampouco se conforma acriticamente com a total cisão entre uma e outra dessas dimensões.

A ética hoje (a democracia como moral) é - deve ser - autonomia individual, ou seja, liberdade, mas, além de liberdade, possibilidade de autorrealização pessoal (realização do ser humano como ser de fins), ou seja, possibilidade de autorrealização de todos sem exclusões. Por outro lado, a política (a democracia como política) se define e obtém legitimidade de modo correlativo, como efetiva participação em uma dupla vertente: como participação nas (*na formação de e na tomada de*) decisões e como participação nos (*na produção dos e na distribuição dos*) resultados, medidos em termos de satisfação de necessidades e de reconhecimento de direitos e liberdades.

Precisamente para tratar de assegurar tais exigências éticas e políticas, o ordenamento jurídico - a institucionalização jurídica da democracia, o Estado democrático de direito - juridifica e legaliza, ou seja, converte em princípio de legalidade, com a força coercitiva que advém disso, esses valores éticos (liberdade/igualdade identificados no valor “justiça”) e políticos (participação nas decisões/participação nos resultados como síntese do valor legitimidade).⁴⁹

Desse modo, em complexas inter-relações, em um primeiro nível, a autonomia moral individual e a participação política nas decisões se concretizam, no Estado democrático de direito, na exigência social de autolegislação, ou seja, no *império da lei* como expressão da vontade popular; em um segundo nível, o objetivo da autorrealização pessoal e da participação nos resultados se reafirma através do correspondente quadro institucional e de sua organização jurídica (judicial) coercitiva para a proteção e a garantia efetiva das liberdades e dos direitos fundamentais. A razão de ser do Estado democrático de direito é a proteção e a efetiva realização dos direitos fundamentais; mas esta não se concretiza senão pela participação de todos na tomada de decisões, ou seja,

⁴⁷ Para Dworkin, nesses termos, não há conflito entre liberdade e igualdade: “political communities must find an understanding of each of these virtues that shows them as compatible, indeed that shows each as an aspect of the other” (DWORKIN, 2006, p. 11).

⁴⁸ Isso não implica, obviamente, afirmar que a democracia seja perfeita ou isenta de defeitos, como chegou a apontar o próprio Immanuel Kant. Nesse sentido, a célebre afirmação do primeiro-ministro britânico Winston Churchill, em discurso à House of Commons em 11 de novembro de 1947, parece resumir de forma esclarecedora a questão: “Democracy is the worst form of government except from all those other forms that have been tried from time to time.” (CHURCHILL, 1974).

⁴⁹ O Estado-administração contemporâneo requer (e, ao mesmo tempo, suscita) o protagonismo da sociedade amadurecida e, concomitantemente, do agente público na persecução do “bem de todos”. Nesse sentido, o art. 3º, inc. IV, da Constituição brasileira de 1988 dispõe que “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

(juridicamente) através do império da lei - que é, sobretudo, o império da Constituição - como expressão da vontade popular.⁵⁰

Os direitos fundamentais constituem, pois, a razão de ser do Estado democrático de direito: a cultura deste e daqueles é a cultura comum do iluminismo. Os complexos mecanismos jurídicos e políticos que se articularam e se institucionalizam nessa especial configuração do Estado, que permite categorizá-lo não apenas como “Estado de direito”, mas como “Estado democrático de direito”, não foram engendrados e desenvolvidos no tempo senão como propostas coerentes para uma melhor garantia, proteção e efetiva realização de exigências sociais e morais qualificadas como “direitos fundamentais.” Estes, portanto, e essa coerente institucionalização, são o que vêm de fato a definir/delinear o Estado democrático de direito e, em consequência, o que, em maior ou menor medida, justifica e legitima, ou não, o Estado democrático de direito. A análise crítica desses processos históricos - que vão à constituição de mecanismos transnacionais de proteção - e a consequente argumentação racional, instrumental e ética a respeito deles constituem, pois, os elementos básicos para a determinação da sua própria razão de ser.

De acordo com essa metodologia e com essa caracterização, temos que recordar, inicialmente, que nem todo Estado é Estado de direito. É claro que todo Estado gera, cria um direito, ou seja, produz normas jurídicas; e que, de uma forma ou outra, utiliza, aplica e serve-se dessas normas jurídicas para organizar e fazer funcionar o grupo social, para orientar políticas, assim como para resolver conflitos concretos que surgem no seu interior. Seria muito difícil, se não verdadeiramente impossível, imaginar-se hoje um Estado sem direito, sem leis, sem juízes, sem algo similar a um sistema de legalidade. De maneira correlativa, o direito é hoje fundamentalmente estatal - e também supraestatal -, ainda que concomitante autonormatização social e trabalho dos operadores jurídicos.

Mas, apesar disso, dessa constante correlação fática entre Estado e direito, nem todo Estado merece ser reconhecido com essa adjetivação, qualificadora e legitimadora - além de descritiva -, que é o “Estado democrático de direito”. Este implica a submissão efetiva do Estado ao direito, submissão ao seu próprio direito, regulação e controle equilibrado dos poderes (funções estatais) e atuações estatais e dos governantes por meio de leis, leis criadas segundo determinados procedimentos de indispensável, aberta e livre participação popular, com respeito a valores e direitos fundamentais conformes com tal organização institucional.

O Estado democrático de direito, assim concebido, corresponde a uma categoria específica de Estado (ou de Estado de direito), um modelo organizativo nuclear e potencialmente democrático que vai surgindo e vai sendo construído nas condições históricas da modernidade (do iluminismo) em resposta a certos interesses, demandas, necessidades, expectativas e exigências da vida real, de caráter ético, político, econômico, social e cultural. É o resultado, pois, de uma articulação sinérgica entre teoria e práxis ou vice-versa (práxis e teoria): ambas as dimensões (instâncias fáticas mais ou menos impregnadas ou orientadas de filosofias, ideologias, concepções de mundo, etc.), fatos e valores, são as que estão por trás dos mecanismos e aspirações que, ao longo do tempo, vão configurando o Estado de direito e, enfim, o Estado democrático de direito. Este, tanto em sua (descritiva) densificação positiva, como em sua (prescritiva) formulação ética,

⁵⁰ Embora tratemos, aqui, do *império da lei*, ressaltamos que este princípio é hoje o *império do direito*, em virtude do reconhecimento da força normativa da Constituição - ou, como aqui apontamos, verdadeiro *império da Constituição*.

(cor)responde, a partir dessa consideração histórica, a concretas exigências de certeza e segurança - sobretudo, ao menos inicialmente, segurança patrimonial -, assim como a outras valiosas liberdades e a garantias de direitos de diversas espécies (administrativo, penal, processual, etc.), que não podem prescindir, tampouco (por coerência interna), de certa referência inicial a algum tipo de igualdade real: direitos econômicos, sociais e culturais.

A melhor dialética histórica e a própria lógica interna da liberdade e da razão iluminista na fundamentação dos direitos fundamentais, nesse sentido, tem operado e deve operar até conseqüentes propostas de universalização dos direitos: ou seja, até a efetiva realização dessas exigências, básicas para a teoria da justiça e para o Estado democrático de direito, que são a segurança, a liberdade e a igualdade.

O Estado democrático de direito é, assim, uma invenção, uma construção, um resultado histórico, uma conquista lenta e gradual de indivíduos e setores sociais que, frente a poderes despóticos ou arbitrários, alheios, buscam segurança pessoal e patrimonial - *no taxation without representation*⁵¹ - e, concomitantemente, ampliando esse espectro, exigem garantias e proteção efetiva para outras manifestações de sua liberdade. Isso tanto sob a forma de intervenções positivas, para a tomada de decisões nos assuntos públicos, como sob a forma “negativa”, de não interferência dos demais em zonas a salvaguardar legitimamente. Trata-se de obter uma maior participação dos indivíduos e uma maior responsabilidade dos poderes, velando pela liberdade de todos. No entanto, se no contexto histórico o que parece sobressair, nesse momento, é a defesa da liberdade, da segurança e da propriedade, com frequência também se identificam, nesses mesmos processos, de forma mais ou menos explícita e/ou condicionada, alguns potenciais reclamos concernentes ao valor igualdade.

Assim, se os Estados modernos destacaram-se por assumir a supremacia do poder,⁵² é precisamente nesse marco que vão se manifestar com força e com diferentes prioridades essas demandas, reconhecidas e logo institucionalizadas através de uma coerente regulação jurídica e de um (auto)controle efetivo dos poderes públicos.

Esse arcabouço de formulações, que vêm do iluminismo e do racionalismo, passando pelo contratualismo de Locke⁵³ e Rousseau⁵⁴ e pelas declarações históricas de direitos, como a de 1689 (*Bill of Rights*),⁵⁵ na Inglaterra, as de 1776 (Declaração de Direitos de Virgínia e Declaração de

⁵¹ O *slogan no taxation without representation* resumia as insurgências das colônias inglesas na América do Norte nos anos 1763-1775. As insurgências, então, embora tivessem por objeto imediato as taxações inglesas, a exemplo das revoltas contra o *Stamp Act* (1765) e dos acontecimentos conhecidos como *The Boston Tea Party* (1773), na verdade diziam respeito ao processo de tomada de decisões quanto a essas taxações. Essas insurgências levariam à declaração de independência em 1776. Nesse sentido, ver Miller (1943) e Driver (2006).

⁵² Nesse sentido, ver Bodin (1966) e Machiavelli (1997). Machiavelli, especialmente, é considerado o idealizador do conceito de *Stato*, na sua acepção *moderna*: segundo Skinner (1978), é de Machiavelli o “conceito moderno do Estado”, entendido no sentido *weberiano*, de monopólio da autoridade coercitiva em um limite territorial definido. Sobre tudo em “O Príncipe”, o termo *lo stato* é utilizado a partir de uma conexão com a ideia de aquisição e aplicação de poder em um sentido coercitivo, o que torna o seu significado distinto do termo latino do qual é derivado. É notável, ainda, a influência de Machiavelli nos debates a respeito da “razão de Estado” (MEINECKE, 1957; Viroli, 1992).

⁵³ Nesse sentido, ver Locke (1990).

⁵⁴ Nesse sentido, ver Rousseau (1962).

⁵⁵ A declaração de 1689 limitaria o poder real frente ao parlamento inglês. O rei passaria, então, a depender do parlamento para criar leis, instituir impostos e manter o exército. Com o *Bill of Rights*, a monarquia absolutista, tributária de um direito divino, daria lugar à monarquia constitucional, fundada nas ideias de soberania da nação, contrato social, império da lei e divisão de poderes.

Independência),⁵⁶ na América do Norte, e, sobretudo, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, aporta conceitos e elementos que, paulatinamente, vão permitir definir o Estado democrático de direito (fatos e valores, legalidade e legitimidade) como a institucionalização jurídica da democracia política.⁵⁷

A carga conservadora, receosa da soberania popular, que a fórmula liberal (anti-absolutista) do Estado de direito (*Rechtstaat*) possui, quando se cunha e difunde na Alemanha do primeiro terço do século XIX,⁵⁸ na sua preocupação com o controle jurídico sobre os poderes, não iria resultar incompatível com os elementos de maior garantia e proteção judicial dos indivíduos e dos seus direitos e liberdades que historicamente estavam presentes na mais complexa instituição anglo-saxã do *rule of law*; nem - mais tarde - poderia coerentemente opor-se às influências democráticas derivadas especialmente daquela declaração francesa: *liberté, égalité, fraternité, regne de la loi*, as ideias de lei como expressão da vontade geral e de separação de poderes com predomínio do Poder Legislativo, Estado constitucional, nova legalidade frente à velha legitimidade, etc. Por isso fez-se possível, a partir dessa base liberal - sobretudo impulsionado pelas lutas de importantes setores sociais excluídos de fato dessa base -, um processo racional que, ao longo dos séculos XIX e XX, culminaria naquela institucionalização jurídico-política que se constituiria coerentemente no nosso tempo como Estado social e democrático de direito.

O Estado democrático de direito, insisto, é a institucionalização jurídico-política da democracia. Mas nem um, nem outro desses termos - democracia e Estado de direito - têm o mesmo e idêntico significado desde o início, sobretudo a partir do paradigma do Estado liberal. São partes, contudo, desse mundo *moderno* que emerge do iluminismo. A democracia é, por si só, um processo histórico mensurável pela razão e pela liberdade. Isso implica reconhecer tanto as graves insuficiências da democracia em suas origens (participação censitária, v.g.) quanto, apesar dos inequívocos progressos, as muitas clivagens e desigualdades que remanescem no lastro do que hoje denominamos Estados democráticos de direito (ou Estados sociais e democráticos de direito). Assim, subsistem, ainda hoje, grandes desigualdades fáticas entre os cidadãos/administrados, inclusive frente à lei, na efetiva proteção de direitos e liberdades, mas, sobretudo, na participação nos resultados econômicos, sociais e culturais. Por isso, se associamos o Estado de direito à institucionalização jurídica da democracia política, devemos, em consequência, falar, respondendo às melhores exigências éticas e políticas do mundo atual, de um necessário mais progressivo e justo Estado social e democrático de direito.

Articulando - não sem conflitos, nem sem contradições - toda essa evolução histórica e esses diferentes modelos de Estado de direito, deduzimos certos componentes, mecanismos, procedimentos, valores que foram e devem ser considerados como fundamentais (ou seja, imprescindíveis) para que se possa falar em verdadeiro, mas não estático, nem essencialista, Estado democrático de direito. Tais necessários predicados gerais (entendendo-se que o Estado de direi-

⁵⁶ A Declaração de Direitos de Virgínia, inserida no contexto da luta pela independência dos Estados Unidos da América, de nítida inspiração iluminista, traz, no seu texto, o reconhecimento do direito de todos os homens à liberdade, à segurança e à felicidade, à liberdade de expressão e de culto. Estabelece, ainda, a irretroatividade da lei penal e a divisão de poderes, dando ênfase ao papel dos magistrados, de resguardo do poder soberano do povo: “*That all power is vested in, and consequently derived from, the people; that magistrates are their trustees and servants, and at all times amenable to them*”.

⁵⁷ Ou, como afirmamos anteriormente, a institucionalização jurídico-política da democracia.

⁵⁸ Nesse sentido, ver Mohl (2005).

to, como a democracia, é sempre uma realidade de caráter processual, aberta no tempo) seriam principalmente os quatro seguintes:

- a) *Império da lei* - lei que impera sobre governantes e cidadãos/administrados -, ressalvando-se, todavia, que, como já sinalizava o art. 4º da declaração francesa de 1789, a lei nada mais é do que “a expressão da vontade geral:”⁵⁹ a lei é criada com livre participação e representação dos integrantes do grupo social, ou seja, através da “vontade de todos.”⁶⁰ É claro que o império da lei é também - e sobretudo -, por isso mesmo, o império absoluto da lei fundamental, da Constituição, lei maior à qual se subordinam todas as demais leis, que têm como fundamento de sua validade a conformidade formal e material à Constituição, à expressão originária máxima da “vontade geral”⁶¹. Tal império da lei, produzida esta - a lei - como livre expressão da soberania popular, em conformidade com a Constituição, é condição imprescindível para uma eficaz proteção das liberdades e dos direitos fundamentais.
- b) *Separação de poderes* (separação de funções ou divisão de responsabilidades) - Legislativo, Executivo, Judiciário -, ou melhor, *diferenciação de funções estatais* mais do que verdadeira *separação de poderes estatais*, com lógico predomínio, em última e mais radical instância, do Legislativo. Este, em seu mais amplo e qualificado sentido, como representante legítimo do grupo social - da “vontade geral” -, o Poder Constituinte originário e derivado, e também constituído como poder parlamentar ordinário, produtor das correspondentes normas jurídicas (mas subordinado, ele mesmo, à Constituição, inclusive nos próprios procedimentos de reforma da Constituição). É sobretudo a instituição que representa a soberania popular (o Legislativo), através do Poder Constituinte, que subministra legalidade e legitimidade à instituição que exerce a ação governamental.⁶²
- c) *Fiscalização da atuação da administração pública* (do Poder Executivo), para que essa atuação se dê em conformidade à lei em todos os níveis dela, com conseqüente e eficaz controle pelos órgãos competentes segundo a própria lei: controle jurídico e

⁵⁹ “*La Loi est l’expression de la volonté générale*”.

⁶⁰ Segundo Canotilho (2002, p. 715-716), “Historicamente, o princípio da primazia ou prevalência da lei (*Vorrang des Gesetzes*) foi entendido com uma tripla dimensão: (1) a lei é o acto da vontade estadual juridicamente mais forte; (2) prevalece ou tem preferência sobre todos os outros actos do Estado, em especial sobre os actos do poder executivo (regulamentos, actos administrativos); (3) detém a posição de ‘topo da tabela’ da hierarquia das normas, ou seja, desfruta de superioridade sobre todas as outras normas de ordem jurídica (salvo, como é óbvio, as constitucionais)”. Além disso, a lei comporta duas outras dimensões, uma negativa, que se traduz na proibição de violação a ela, e outra positiva, que se traduz na exigência de aplicação dela. Essas dimensões da lei, como expressão maior da vontade estadual (em última análise, da “vontade de todos”), com primariedade na hierarquia das fontes e vinculação do Poder Executivo e do próprio Judiciário, sintetizariam a ideia de império da lei generalizada e prevalente até a atualidade.

⁶¹ A força normativa da Constituição, concretizada, sobretudo, pelo princípio da *constitucionalidade* da lei (da sua necessária adequação formal e material à Constituição), cuja observância é sindicada pelo Poder Judiciário, obriga a considerar o princípio da constitucionalidade como marca da absoluta superioridade hierárquica das normas constitucionais na “escala de dureza das normas”. Por isso, o império da lei é, antes e sobretudo, o império da Constituição (ver, nesse sentido, CANOTILHO, 2002; CALAMANDREI, 1950). Dessa forma, é a Constituição a lei que impera, antes de todas as outras, e todas essas outras têm o seu império, ou seja, a sua validade jurídica, condicionado à pertinência (adequação formal e material) ao texto constitucional.

⁶² No entanto, é ao Poder Judiciário que o parlamento, investido do Poder Constituinte originário, ou seja, a “vontade geral”, confia a tarefa de “guarda da Constituição”, para assegurar o império da lei (dessa Constituição) no Estado democrático de direito.

interdição das arbitrariedades.⁶³ Junto a ele - mas diferenciado -, o controle político dos governos pelo parlamento. Frente ao Estado absolutista - inclusive no “despotismo esclarecido” - onde o rei é a lei, onde o rei é *ab-soluto* (*rex legibus solutus*), é dizer, onde o poder real é a lei, e se libera dela, o Estado de direito implica sempre submeter o rei (o Poder Executivo) à lei, criada no âmbito do órgão de representação popular (o Poder Legislativo) e aplicada por magistrados (árbitros) profissionais, independentes e bem preparados (o Poder Judiciário), comprometidos apenas com a lei.⁶⁴ O Estado de direito é, assim, o estabelecimento de limites e controles legais claros - e legítimos - a todos os poderes (a todas as funções) do Estado, especialmente, embora, ao Poder Executivo, ou seja, ao governo, à administração pública.⁶⁵

- d) *Proteção de direitos e liberdades fundamentais*, direitos e liberdades cuja garantia constitui precisamente a razão de ser do Estado democrático de direito.⁶⁶ As garantias jurídicas, assim como a efetiva realização material das exigências éticas e políticas, públicas e privadas, especificadas e ampliadas no tempo como direitos econômicos, sociais e culturais, constituem a base para uma progressiva igualdade e dignidade entre todos os seres humanos. O Estado de direito não se restringe hoje, nem deve restringir-se, a uma concepção de Estado que unicamente se defina e reconheça pela mera proteção das liberdades que tradicionalmente derivam da segurança jurídica. Entre outras razões, porque essa redução leva, de fato, à própria negação da supostamente pretendida universalidade de tais seguranças.

Não se pode negar as múltiplas complexidades e dificuldades subjacentes a esses objetivos. Nem se pode desconhecer o caráter gradual e processual, histórico, que - com o necessário cumprimento de um conteúdo básico essencial - os caracteriza em diferentes tempos e modelos de Estado de direito, como ocorre, também, com a própria evolução da democracia. Mas também

⁶³ Em termos práticos, o império da lei - o império da Constituição - exige a aplicação da lei pela administração e pelos magistrados. O cumprimento das normas legais não fica reservado ao alvedrio dos juizes (salvo quando fundamentadamente as declarar inconstitucionais) e a administração pública está proibida de atuar ou de decidir contra a lei. Daí que o império da lei constitui uma verdadeira “polícia” da ordem jurídica (nesse sentido, ver CHEVALLIER, 1996).

⁶⁴ “That all power is vested in, and consequently derived from, the people; that magistrates are their trustees and servants, and at all times amenable to them [...]. That the legislative and executive powers of the state should be separate and distinct from the judicative.” (Declaração de Direitos de Virgínia, 1776, arts. 2º e 5º).

⁶⁵ Por isso, refuta-se, em um Estado democrático de direito, que o guardião da Constituição deva ser o próprio Poder Executivo, atribuindo-se ao Judiciário a tarefa de controle de constitucionalidade. A tese conservadora de que a guarda da Constituição, por ter natureza política, somente competiria ao Executivo, esposada por juristas como Schmitt (1996), levou a extremas arbitrariedades, como o controle da Constituição alemã, com a liberação dela e conseqüente império absoluto do Poder Executivo, por Adolf Hitler nos anos de supremacia política do *Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei* (Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães). Kelsen (2003), refutando o argumento de Schmitt, alertava que, se por “natureza política” se entendia a solução de controvérsias de enorme repercussão social, isso, por si só, não afastava a natureza concomitantemente “jurídica” desse controle, pois o direito, como a política, sempre teve a função de solucionar questões sociais controversas de grande repercussão, defendendo a importância do controle de constitucionalidade por magistrados preparados profissionalmente, o que garantiria uma maior imparcialidade nas decisões, especialmente quando se tratasse de questões contramajoritárias (interesses de “minorias”) ou relacionadas a opositores do governo de turno.

⁶⁶ Essa ideia está muito clara no cerne das doutrinas contratualistas que justificam, ainda que sob diferentes variações, o Estado moderno: o pacto social instituinte tem como objetivo supremo resguardar, *pro homine*, os direitos e liberdades fundamentais deste. Nesse sentido, o *Leviatã* de Hobbes, publicado em 1651 (HOBBS, 1979), o *Segundo tratado sobre o governo civil* de Locke, publicado em 1690 (LOCKE, 1990) e o *Contrato social* de Rousseau, publicado em 1762 (ROUSSEAU, 1962). A lei, nesse sentido, constitui um limite que impede não só as violações ostensivas dos direitos e das garantias nela fixados, mas também os “desvios” ou “fraudes” a esses direitos e a essas garantias através da via interpretativa.

não se pode negar a fundamental correlação, não meramente mecânica, entre democracia e Estado de direito, de forma que essas complexidades e dificuldades seriam infinitamente maiores, se não verdadeiramente invencíveis, se - como fazem os regimes absolutistas, ditatoriais e/ou totalitários - são suprimidos esses objetivos, essas expectativas, essas garantias e essas instituições próprias do Estado democrático de direito. Mas, desde logo, os Estados que pretendam legitimar-se sob este prestimoso título devem ajustar rigorosamente suas normas jurídicas e suas atuações fáticas a essas exigências de ética política, com compromissos sérios de justiça e coesão social, e a essas regras e práticas de deliberação, funcionamento e organização derivadas, em definitivo, da liberdade e da responsabilidade de todos, governantes e cidadãos/administrados.

A todos incumbe, em síntese, o Estado democrático de direito; não apenas aos governantes de turno e/ou aos magistrados, mas a todos os cidadãos/administrados e a todos os poderes (econômicos, midiáticos, etc.) que atuam na sociedade, exigindo-se deles respeito às liberdades e aos direitos dos demais, assim como consequentes comportamentos nos marcos institucionais e constitucionais. Mas, para isso, devemos ressaltar que a quem, em última e mais decisória instância, se dirige o Estado democrático de direito é justamente ao próprio Estado, aos seus órgãos/poderes e aos seus representantes e governantes, obrigando-os, em suas atuações, em todos os momentos, à conformidade com as normas jurídicas, com o império da lei e com o princípio da legalidade, na mais estrita submissão a esses marcos institucionais e constitucionais.

O direito, como sistema jurídico, é, tem em si, sobretudo, essa possibilidade de coação-sanção institucionalizada, ou seja, a capacidade de exigir o cumprimento de suas normas ou de impor efeitos e consequências derivados do seu descumprimento, com o emprego de um ou outro tipo de força: inclusive com a força material (violência) derivada de uma força moral (legitimidade) e com um maior ou menor grau de necessária legitimação social. O direito é, implica, portanto, o uso da força, e é, implica, concomitantemente, a regulação do uso da força.

Mas nem todas essas regulações têm o mesmo caráter e significado: nem todo o direito válido (ciência jurídica) vale *para o mesmo* (sociologia jurídica), nem vale *o mesmo* (ética e filosofia jurídica). Também as ditaduras podem converter em normas suas negações da liberdade, seu despotismo, ainda que em geral reservem para si maiores margens não só de legal discricionariedade, mas de ilegal arbitrariedade.

O Estado de direito é aquele em que essas regulações normativas se produzem a partir da livre participação democrática, incorporando eficazmente os direitos fundamentais e obrigando com todo rigor que os poderes públicos se movam sempre dentro de um estrito respeito e submissão às leis (à Constituição e às leis dela derivadas), proibindo e perseguindo toda atuação ou resposta estatal que utilize qualquer tipo de força ou coerção que possa ser considerada arbitrária/ilegal.⁶⁷

O Estado é o monopólio legítimo da violência:⁶⁸ sinônimo da crença social em sua legitimidade, ou melhor, de sociológica legitimação. Mas, para que ele - o Estado - seja e mereça o título de legítimo, haverá de tratar-se de uma força, de uma coerção, de uma violência desse modo produzida e regulada nos marcos do Estado democrático de direito.⁶⁹ Não bastam para a legitimidade meras razões de eficiência instrumental. O Estado não pode, não deve, de

⁶⁷ Sobre o conceito de *violência organizada*, ver Van Geuns (1987).

⁶⁸ Nesse sentido, ver Weber (1964).

⁶⁹ Sobre a relação entre a lei e a legitimidade racionalizada, ver Weber (1964, p. 173).

nenhum modo, responder ao delito com o delito, à violação da lei pelo cidadão/administrado com a violação da lei pelo governante: alegando uma suposta eficácia, converter-se-ia, assim, em um Estado delinquente. A legalidade e a legitimidade exigem do Estado atuar sempre no marco da Constituição e do Estado democrático de direito: isso não apenas é o mais justo, e o mais legal, senão o mais eficaz para todo o sistema político e social.

O Estado de direito é, pois, o império da lei; no entanto, não é, tampouco se reduz a qualquer espécie de império da lei. Também as ditaduras modernas e os regimes totalitários poderiam alegar o império (indiscutível) da “lei.”⁷⁰ Poderiam inclusive aceitar e afirmar que seu poder está regrado mesmo pelo direito (o direito pelo ditador assim criado) e submetido, portanto, a normas jurídicas (suas próprias normas jurídicas). Aqui se tem direito (ainda que ilegítimo, ou seja, injusto) e Estado (ditatorial, totalitário), mas não se tem Estado de direito, muito menos Estado democrático de direito.

O que em definitivo categoriza de forma mais radical e substancial o Estado como Estado democrático de direito - como se verifica no preâmbulo e no parágrafo único do art. 1º da Constituição brasileira de 1988⁷¹ - é a sua concepção do império da lei como expressão da vontade popular a partir da sua necessária correlação fática e prescritiva com a democracia. Ou seja, o império não de qualquer lei, mas da lei criada (com variantes históricas, observados, todavia, alguns marcos institucionais mínimos) segundo um processo formal previamente delineado e a partir da livre participação/representação dos cidadãos/administrados.

Se a lei, o ordenamento jurídico, não possui essa origem democrática, poderá haver império da lei (dessa lei não democrática), mas não Estado democrático de direito. Quanto maior e melhor em quantidade e qualidade - quanto mais ampla, profunda e consciente - for essa participação cidadã nas decisões, maior legitimação e melhor legitimidade terão essa democracia e esse Estado de direito.⁷²

Essa ideia de império da lei, com implicações teóricas e práticas de enorme relevância, compreende-se e fundamenta-se em - a partir de - valores e exigências éticas (direitos) que constituem o núcleo da sua coerência interna e da sua justa legitimidade. Sua raiz está precisamente no valor da liberdade pessoal, da autonomia moral e das coerentes implicações e exigências que o tornam mais real e universal. O Estado democrático de direito é o império da lei produzida nas instituições democráticas (parlamento), mas, em coerência com esses mesmos valores, de nenhum modo é indiferente ao seu conteúdo. A democracia e o Estado de direito não se limitam a uma questão procedimental: não só o seu fundamento ético, mas também a sua validade e a sua efetividade, radicam nesses valores de liberdade. Nesta, na autonomia moral pessoal, no ser humano como fim em si mesmo, radica a origem e o fundamento tanto do império da lei como da afirmação dos direitos fundamentais. Esses, portanto, não deveriam ser vistos, de modo prioritário e negativo, como limites ou triunfos frente à liberdade, mas como, de forma positiva, aberta e criadora, resultado inequívoco e concomitante parte constitutiva dessa mesma liberdade real.

Se o Estado de direito é - democraticamente entendido como - o império da lei, é evidente que aquele é e sempre será, sobretudo, o império da Constituição. Desse ponto de vista,

⁷⁰ A história demonstra que os ditadores costumam encontrar bastante facilidade para converter em leis suas decisões e vontades (individuais ou de seus alinhados), ou seja, para legislar suas arbitrariedades.

⁷¹ “Todo o poder emana do povo”.

⁷² Existe, portanto, uma íntima e profunda conexão entre democracia deliberativa e democracia participativa.

resulta óbvio que todo Estado democrático de direito é, também, e principalmente, Estado constitucional de direito. O Poder Legislativo, poder prevalente no âmbito dos poderes constituídos do Estado, é e deve ser um poder subordinado à Constituição: é para controlar motivadamente isso que a própria Constituição atribui o controle de constitucionalidade das leis ao Poder Judiciário. Através da Constituição, o Legislativo está e deve estar subordinado, em última instância, ao Poder Constituinte (supremo poder soberano), que é o que, seguindo o procedimento por ele mesmo originalmente estabelecido, pode revisar e reformar a própria Constituição (e esse poder revisor e reformador, por sua vez, também deverá estar submetido à averiguação de sua constitucionalidade e, portanto, à sindicabilidade judicial).⁷³

No império da lei, que é, na sua mais qualificada expressão, o império da Constituição, só pode ser reputada válida - existente, portanto - a lei que se encontrar inserida no contexto do ordenamento jurídico, positivando-se em conformidade formal e material à Constituição. Vigência, validade e eficácia constituem qualidades distintas da lei (norma jurídica). Ter vigor é ter força para disciplinar, para reger, cumprindo a lei os seus objetivos finais; vigência é o atributo de lei válida (norma jurídica), consistente na prontidão de produzir os efeitos para os quais está preordenada quando aconteçam os fatos nela descritos.⁷⁴ A vigência, contudo, não se confunde com a eficácia: uma norma pode estar em vigor e não ostentar eficácia técnica e/ou social.⁷⁵

A eficácia é a qualidade que a lei ostenta, no sentido de descrever fatos que, ocorridos, tenham aptidão de irradiar plenos efeitos jurídicos, removidos os obstáculos materiais ou as impossibilidades sintáticas a esses efeitos. A eficácia jurídica, no entanto, não é qualidade da lei (norma), mas dos fatos jurídicos: a eficácia jurídica é o predicado dos fatos jurídicos de desencadear as conseqüências que o ordenamento prevê. É a chamada causalidade jurídica, ou seja, o vínculo de implicação mediante o qual, ocorrendo o fato jurídico, instala-se a relação jurídica.

Sob a rubrica de eficácia técnica, temos a própria condição que a regra de direito ostenta, no sentido de descrever acontecimentos que, uma vez ocorridos no plano do real-social, tenham o condão de irradiar efeitos jurídicos, removidos os obstáculos que impediam tal propagação. A eficácia social ou efetividade, por outro lado, corresponde à produção concreta de resultados na ordem dos fatos sociais: diz respeito aos padrões de acatamento com que a comunidade responde aos mandamentos de uma ordem jurídica historicamente dada ou, em outras palavras, diz com a

⁷³ À sindicabilidade judicial porque as constituições modernas têm atribuído ao Poder Judiciário a “guarda”, de natureza concomitantemente política e jurídica, da Constituição - a expressão “guarda da Constituição” aparece, no Brasil, na Constituição de 1988, no seu art. 102, segundo o qual “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”, dispondo, embora, no seu art. 23, inciso I, que “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas.”

⁷⁴ Vigência que poderá ser *plena* ou meramente *parcial* (só para fatos passados ou só para fatos futuros, no caso de regra nova); a lei revogada não terá vigência para fatos futuros, conservando, porém, a vigência para os casos acontecidos anteriormente à sua revogação. Para as regras introdutoras, normas jurídicas do tipo das gerais e concretas, sua vigência é marcada pelo átimo da própria validade, pois, nesse caso, vigência e validade são concomitantes e não teria sentido imaginar que a regra geral e concreta, operando como instrumento introdutório de outras, gerais e abstratas, individuais e concretas, e individuais e abstratas, tivesse de esperar intervalo de tempo para, somente depois, irradiar sua vigência, dado que a finalidade dessas normas é apenas a de inserir, na ordem jurídica, outras normas. Mas, para as regras introduzidas, a sua vigência é fixada pela norma introdutora e muitas vezes não coincide com o momento de entrada em vigor do instrumento que as introduziu: o lapso que se interpõe entre a publicação da lei e o termo inicial da sua vigência é a conhecida *vacatio legis*, tempo em que a regra, sendo, embora, válida como entidade jurídica do sistema, ainda não adquiriu a força que lhe é própria para alterar, diretamente, a conduta dos seres humanos, no contexto social.

⁷⁵ Nesse sentido, ver Bobbio (1995-c).

produção das consequências desejadas pelo elaborador das normas, verificando-se toda vez que a conduta prefixada for cumprida pelo destinatário.⁷⁶

Mas só uma lei (norma) válida poderá ter vigência, e só uma lei (norma) vigente poderá ter eficácia. Das normas jurídicas não se pode dizer serem verdadeiras ou falsas, mas serem válidas ou inválidas. Validade é a relação de pertinencialidade de uma norma “N” com o sistema jurídico “S” (corresponde, pois, ao vínculo que se estabelece entre a proposição normativa e o sistema de direito posto). A validade não é, portanto, atributo que qualifica a norma jurídica, tendo *status* de relação. No plano da validade, a norma emana de uma autoridade superior e obedece a um processo legislativo legítimo e regular. Validade se refere ao processo através do qual a norma se integra a um sistema normativo, passando a pertencer a um ordenamento jurídico. Só poderá ser reputada válida a norma jurídica que se encontrar inserida no contexto de um ordenamento jurídico, positivando-se. Sancionada a norma legal, para que se inicie o tempo de sua validade, ela deve ser publicada. Publicada a norma, diz-se, então, que ela é vigente depois de passado o interregno da *vacatio legis*, período em que a lei é válida como entidade jurídica do sistema, mas não adquiriu ainda a força que lhe é própria para alterar, diretamente, a conduta dos seres humanos, no contexto social. A validade confunde-se com a própria existência, de forma que afirmar que uma norma existe implica reconhecer a sua validade: ou a norma existe, está no sistema e é, portanto, válida, ou sequer existe efetivamente como norma jurídica.⁷⁷

Em última análise, a lei retira a sua validade da Constituição. Disso resulta a noção de primado da Constituição, pois se a lei não se demonstra formal e materialmente adequada à Constituição, não é lei: é inválida. É por isso que as Constituições modernas contêm, além das regras relativas ao processo legislativo, uma enumeração de direitos fundamentais. Com isso, a Constituição define princípios, orientações e limites para o conteúdo das leis que se venham a fazer.⁷⁸

Todo Estado democrático de direito é, portanto, Estado constitucional, legislativo e até judicial de direito. Nele, a Constituição é a norma fundamental⁷⁹ e fundamental é o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário. É claro que a invocação do Estado constitucional de direito de nenhum modo pode servir como pretexto para fazer valer como disfarce ideológico um redutivo Estado judicial de direito, pouco conformado, na realidade, com a legalidade (inclusive a constitucional) e a legitimidade democrática.⁸⁰ A experiência demonstra que uma “magistratura democrática” funciona de modo melhor e mais coerente precisamente no marco sempre aberto e crítico de uma legislatura democrática e de uma administração democrática (DÍAZ, 2002, p. 87).

⁷⁶ Nesse sentido, ver Ross (2000).

⁷⁷ Nesse sentido, ver Carvalho (2008). Segundo Larenz (1983, p. 230), “Se o jurista pergunta se uma lei é válida, não tem em vista se a lei é sempre observada ou o é na maioria dos casos, mas se a pretensão de validade enquanto norma lhe é conatural se encontra justificada, de acordo com os preceitos constitucionais relativos à produção legislativa das normas”.

⁷⁸ Nesse sentido, a própria noção de Constituição, para Kelsen (1977), envolve a ideia de um princípio: a ideia de um princípio supremo, que determina a ordem estatal em sua totalidade e a essência da comunidade constituída por essa ordem. Qualquer que seja a definição da Constituição, esta é sempre o alicerce do Estado, a base da ordem jurídica que se pretende abarcar. O que sempre, e em primeiro lugar, se entende por Constituição (nisto coincidindo essa noção com a de forma de Estado) é um princípio em que se expressa juridicamente o equilíbrio das forças políticas do momento, uma norma que regula a elaboração das leis, das normas gerais na execução das quais atuam os órgãos estatais.

⁷⁹ Obviamente, não estamos equiparando a Constituição à *Grundnorm* kelseniana, norma suposta, não posta, norma hipotética de caráter lógico-transcendental.

⁸⁰ Em tal situação, todos os conflitos sociais e todas as lutas políticas se trasladariam para o interior do Poder Judiciário.

Mas o Estado democrático de direito não concerne única e exclusivamente a uma questão jurídica. Nele, o direito e o Estado nada mais são do que os meios oportunos, talvez imprescindíveis, para um fim mais essencial: não se fez o homem para eles, mas eles foram engendrados para o homem, para os seres humanos; o direito e o Estado são - devem ser - constituídos *pro homine*.

E, por isso, a quem a rigor mais importa que ele - o Estado democrático de direito - exista, funcione e seja real e respeitado, não é necessariamente - ainda que também - aos governantes (que assim, definitivamente, resultam mais e melhor controlados), mas aos cidadãos/administrados, aos seus direitos, liberdades e necessidades; e, muito especialmente, àqueles cidadãos/administrados que podem proteger-se menos, ou (quase) nada, por seus próprios meios, começando pelos de caráter econômico.

Mas para que isso seja assim, é necessário que essas demandas, exigências éticas e sociais encontrem-se efetivamente reconhecidas e garantidas pelo Estado de direito: ou seja, por normas jurídicas (Constituição, leis, decisões administrativas e sentenças judiciais) que, concretamente, incorporem conteúdos - prescrições - conformes com a proteção e realização de tais direitos fundamentais.

Esses, os direitos fundamentais, constituem - repetimos -, a razão de ser do Estado democrático de direito, a sua finalidade mais radical, o objetivo e o critério que dão sentido aos mecanismos jurídicos e políticos que o compõem. A democracia, dupla participação, é, como vimos, além de participação em decisões, participação em resultados, ou seja, em direitos, liberdades, satisfação de necessidades. O Estado de direito, nessa sua empírica e também racional vinculação e inter-relação com a democracia, converte em sistema de legalidade tal critério de legitimidade; em concreto, institucionaliza, de uma forma ou de outra, essa participação em resultados, ou seja, garante, protege e realiza todos os direitos fundamentais.

Entendidos os marcos característicos e as finalidades do Estado democrático de direito, necessário se faz sublinhar que tanto a necessária busca de uma maior legitimação, adesão e participação, como o objetivo de uma mais justa e ética legitimidade, implicam não imobilizar com caracteres essencialistas o significado desses elementos, desses requisitos e desses conteúdos que o configuram. E, de maneira muito especial, implicam não afastar da história e da realidade social essas demandas políticas e exigências éticas que se concretizam naqueles que são chamados ou categorizados como “direitos fundamentais”. No fundo, dessa base imanente às lutas por condições reais de existência deriva toda essa evolução histórica, proposta também como programa de futuro, que pode ser resumida a três grandes paradigmas, diferenciados, porém, em alguma medida, inter-relacionados: o Estado liberal de direito, o Estado social de direito e o Estado democrático de direito.

Dessa forma, trata-se de concretizar e avançar sobre essa ideia de dupla participação como a melhor definição de democracia e que, como processo sempre aberto, acompanha assim mesmo a sua institucionalização em Estado de direito ao longo da história. Conceito, pois, de democracia como participação (livre e de todos), entendida como *dupla participação*: por um lado, participação nas decisões jurídico-políticas, o que também implica participação no tecido social; por outro, participação nos resultados, medidos tanto em consequências mais diretamente econômicas como em reconhecimento de direitos e liberdades de diferentes índoles. Ressaltando essa necessária correlação entre democracia participativa (em maior ou menor grau) e Estado de direito (em uma ou outra de suas vertentes), podemos resumir a quatro (para fins de organização)

as zonas preferenciais a tomar em consideração a cada um desses paradigmas de Estado - liberal, social, democrático - de direito: Estado, sociedade, economia (mercado) e direito (direitos).

O primeiro desses paradigmas é o liberal - compreendê-lo, e compreender, em especial, as suas insuficiências e inconseqüências, demonstrar-se-á fundamental para que possamos compreender o que foi depois (na alvorada do século XX, ainda que sempre com demandas e precedentes nos séculos anteriores) a necessária construção do Estado social. Os problemas do Estado social e, inclusive, seus memoráveis êxitos, são recorrentemente analisados e avaliados sob diferentes perspectivas, algumas de cunho neoliberal. Tais problemas exigem hoje, sem dúvida, a formulação de alternativas de presente e de futuro. Mas a proposta defendida aqui - e que parece ter sido abraçada definitivamente pela Constituição brasileira de 1988 - não é aquela atualmente esposada pela doutrina neoliberal conservadora (liberal por reduzir os problemas políticos a problemas de liberdades econômicas), mas a que, partindo de perspectivas social-democráticas, fundadas no princípio da solidariedade (*socialidade*), propõe-se tentar fazer cada vez mais reais e universais, para todos, esses componentes da dupla participação que caracterizam a democracia à altura da nossa era; por ela, assumindo o melhor do Estado social, concretiza-se um Estado socializante e solidário, esta conquista *pro homine* que usualmente se denomina Estado democrático de direito.

O que se pretende, nesse momento, é mencionar esses principais paradigmas de Estado de direito e seus elementos conformadores, concernentes, com maior ou menor ênfase, nessa dupla participação democrática, ressaltando a íntima vinculação entre Estado de direito e sistema democrático como o elemento processual, histórico e evolutivo de suas dimensões. Trata-se, contudo, de um breve resumo-esquema de algumas das condições, circunstâncias e principais implicações que, desde aqueles elementos básicos comuns, configurariam as principais fases dessa evolução e suas potencialidades: tudo isso em conexão com as razões de legitimidade e justificação presentes nessas diferentes concepções gerais, filosóficas e políticas.

O Estado liberal de direito corresponde ao paradigma inicial desse processo, marcado, ainda, pela baixa participação democrática na sua dupla dimensão, mas pela organização (ainda incipiente) do quadro jurídico e institucional para uma identificação racional/legal do Estado e para o reconhecimento e a garantia de, até então, direitos e liberdades mal tutelados. Não se nega, aqui, as suas muitas deficiências; ao contrário, elas serão ressaltadas, mas sem esquecer-se da sua fundamental importância para o Estado de direito. Assim, os componentes e condicionantes do Estado liberal de direito poderiam ser assim enunciados:⁸¹

- a) A respeito do Estado, prevalecem posições liberais ainda bastante restritivas do sufrágio (da participação política em geral), relacionadas com a concepção de voto censitário para constituir as instituições e os poderes do Estado. Esse Estado é - ou aparenta ser - um Estado abstencionista (*laissez faire, laissez passer*), ao menos nos domínios do trabalho e da economia, ainda que sempre fortemente intervencionista em prol da propriedade privada. Tampouco é abstencionista em questões de ordem pública e militar, valendo-se dos aparelhos de Estado para a repressão de movimentos sociais (greves, protestos, etc.). Destaca-se, ainda, pelo patriótico intervencionismo colonialista sempre que necessário para a defesa e a imposição desses interesses

⁸¹ Para maiores detalhes sobre essas perspectivas, ver Assier-Andrieu (2000), Bonavides (2004) e Zippelius (1997).

próprios na ordem internacional. Em síntese, o Estado liberal de direito é verdadeiramente abstencionista na sua despreocupação - ou verdadeira apatia - pelos direitos econômicos, sociais e culturais vinculados às necessidades básicas de saúde, educação, moradia, trabalho, seguridade social, etc. das massas populares, mas não o é na tutela dos direitos de propriedade.

- b) A sociedade é individualista e possui forte caráter elitista. Ou seja, trata-se de uma sociedade de muito baixo grau de participação, seja no âmbito institucional, seja no âmbito extrainstitucional (não governamental). Essa sociedade já não é mais a sociedade estamental de outrora, mas é rigidamente classista, marcada por uma reduzida e difícil mobilidade social. Nesse marco, acentua-se a ascensão ao poder - e a consolidação do poder - da burguesia, dos seus direitos e das suas preferentes liberdades, inclusive a imposição quase absoluta do contrato individual de trabalho e da “liberdade” de contratar e de trabalhar. E à margem, ou de forma muito próxima desta, a oposição radical e o enfrentamento - às vezes violento - ante um sistema excludente e concentrado por ampla parte de setores sociais, sobretudo dos trabalhadores, através de associações, sindicatos e partidos políticos genericamente socialistas, muito dos quais operando na ilegalidade. Falamos fundamentalmente da situação do século XIX e do início do século XX.
- c) Sacralização da propriedade privada individual: sendo a propriedade “um direito sagrado e inviolável”, como constaria expressamente declarado no art. 17 da declaração francesa de 1789,⁸² esta e suas garantias seriam positivadas nos códigos civil e mercantil de Napoleão e, dali, seriam seguidos *tout court* pelo continente europeu. Constitui aquela a base do modo de produção que passaria a identificar-se como capitalismo: economia competitiva, de “livre mercado”, com concomitante economia de baixos salários, subconsumo e/ou mera subsistência e pobreza para grandes grupos populacionais, com forte acumulação privada de capital e mecanismos de controle e decisão muito minoritários sobre as mais-valias e, em especial, sobre os investimentos e a orientação geral da economia. Esses seriam alguns dos traços, que hoje alguns pretendem em certa medida ressuscitar, ainda que com maior ênfase para a manutenção de padrões de consumo, no marco do Estado e/ou da sociedade de bem-estar.
- d) A par de todo o anterior, declaração e proteção jurídica de liberdades e de certos direitos fundamentais, especialmente civis e políticos, com garantias administrativas, penais, processuais, etc. Esses não eram apenas e inevitavelmente direitos da - e para a - burguesia. Precisamente as exigências e pressões sociais para o cumprimento efetivo do Estado de direito e as potencialidades de realização igualitária desses direitos iriam conjugar depois, de forma bastante coerente, a progressiva superação do reducionismo classista. A par disso, restava evidente que, nesse contexto social e estatal e sob esse regime econômico e de propriedade, tal reconhecimento de direitos fundamentais era, de fato, profunda e injustamente desigual e insuficiente, excluindo-se amplos setores sociais da sua margem de efetividade e de real participação.

⁸² “*La propriété étant un droit inviolable et sacré*”.

Eram, pois, necessárias grandes mudanças em todos esses condicionantes e no próprio Estado (e também em seus mecanismos jurídicos), a fim de que o Estado de direito e a incipiente democracia pudessem assumir eficazmente as demandas dos menos favorecidos e avançar, assim, até uma maior generalização dessas exigências (fazendo-as mais reais para todos), com a consequente ampliação delas também no campo dos direitos econômicos, sociais e culturais.⁸³

Como alternativa dual e gradual, diante das graves crises e das insustentáveis carências e insuficiências do modelo liberal, esboça-se o Estado social de direito. A necessidade e a possibilidade dessa alternativa já se desvelam a partir, pelo menos, dos anos da primeira guerra mundial (1914-18). Colaboram na construção desse modelo, propondo importantes mudanças econômicas, sociais e culturais, tanto alguns setores mais abertos e esclarecidos, defensores da ordem econômica (para seu saneamento e fortalecimento), como outros (partidos social-democratas e movimentos sindicais), que, com um sentido igualitário, propõem maiores e mais progressivas transformações.⁸⁴

São, em resumo, algumas características delineadoras desse novo projeto político:⁸⁵

- a) O Estado se faz intervencionista com o objetivo de atender certas demandas sociais de maior participação e de maiores quotas e zonas de igualdade real: espraia-se a ideia de sufrágio universal (não censitário). O sufrágio e o Estado intervencionista - que articula um amplo pacto social, assumindo compromissos com políticas de bem-estar social (saúde, educação, seguridade social, etc.) - serão os dois principais componentes desse inequívoco fortalecimento da legitimação e da dupla participação democrática. A expansiva ação social desse Estado intervencionista, Estado de serviços, que se demanda cada vez mais e em maior quantidade, em melhor qualidade e para mais amplos setores sociais, supõe um protagonismo e uma lógica proeminência para as tarefas e funções da administração pública. O Poder Executivo, sem, contudo, negar o - ou prescindir do - Legislativo (sem negar, portanto, o Estado de direito), converte-se de fato e em boa medida em poder legislador. E também se sinaliza que a sua outra atividade - a de execução e de administração - com frequência desborda - ainda que não necessariamente contradiga - os próprios marcos estritos das normas jurídicas. Desde as estritas exigências do Estado de direito, o que se verifica, de qualquer forma, são importantes transformações que devem ser tomadas em consideração⁸⁶.
- b) Sociedade de massas, industrial - mais tarde, pós-industrial -, tecnológica e de serviços, salarial e de consumo (inclusive de consumo conspícuo e de desperdício), sociedade orgânica, sociedade corporativa: esses são alguns dos rótulos e qualificativos utilizados pelos sociólogos para referirem-se a essas diferentes dimensões entre as quais se move o Estado social. As corporações econômicas e profissionais, junto a outras de

⁸³ Destacamos, novamente, a profunda conexão entre os direitos fundamentais e o Estado de direito. Este existe, tem sentido e se justifica enquanto aparato institucional eficaz para a proteção e a realização dos direitos que - com implicações de legitimação e legitimidade - vão se constituindo como tais (legalidade) ao longo do tempo.

⁸⁴ John Maynard Keynes e Hermann Heller poderiam, cada um com suas teses, ser, respectivamente, bons ícones dessa aproximação dual. Nesse sentido, ver Keynes (1936, 2004) e Heller (2010).

⁸⁵ Para maiores detalhes sobre essas perspectivas, ver Bonavides (2004), Misrha (1984), Picó (1990) e Zippelius (1997).

⁸⁶ No fundo, esses eram alguns problemas que apareciam nas polêmicas dos anos 1920/30, com Carl Schmitt (ALVAREZ, 2007), por um lado, e Hermann Heller (2010), por outro; este, com um Estado de direito resolvido a sujeitar ao seu império a ordem econômica; aquele, pondo em xeque - negando - o próprio Estado de direito nessa condição interventora na ordem econômica.

diversas naturezas, adquirem no contexto do Estado social uma maior presença e explícito reconhecimento público. A legislação se faz pactuada, concertada, com o próprio parlamento. Com isso, com mais direta participação, ampliam-se os potenciais de legitimação, coesão e paz social; por outro lado, sempre se produz algum risco maior de que se subordinem os interesses gerais aos interesses corporativos.⁸⁷

Nem todos têm, efetivamente, o mesmo peso, a mesma força, o mesmo poder, na mesa de negociação: e praticamente nenhum peso, força ou poder possuem os não corporativizados, ou os pertencentes a corporações de menor peso político. Da velha desigualdade individualista liberal se poderia, assim, estar passando (ou haver mesmo passado) - em qualquer caso, sem que uma possa ser equiparada à outra - a uma desigualdade grupal ou corporativa, desfrutada ou sofrida também em última instância por indivíduos particulares. É verdade, no entanto, que sem pactos também há riscos - talvez até maiores - de que se imponham tais fortes poderes.

- c) A economia do paradigma político consubstanciado no Estado social não pretende romper com o denominado modo capitalista de produção, ainda que, em suas melhores manifestações, tampouco renuncie a reformas progressivas que transformam concretamente o sistema⁸⁸. Em qualquer caso, no Estado social, a incorporação das demandas de maior igualdade, direitos e liberdades para os habitualmente menos favorecidos se pretendia fazer aceitando os - e trabalhando dentro dos - esquemas definidores de tal modo de produção (especialmente acumulação privada e economia de mercado), ainda que com a introdução de reformas substanciais, correções, regulações e redistribuições compatíveis, em princípio, com eles e que, se pensava, inclusive fariam mais reais e acessíveis a todos ditos mecanismos, aparatos e espaços de intercâmbio.⁸⁹

O balanço do Estado social parece ter sido inequivocamente positivo. Entre aquelas medidas corretivas introduzidas pelo Estado social, a que se mostrou, talvez, como mais relevante foi a criação e potencialização de um setor público estatal operante no campo da produção, assim como a de uma mais decidida ação dos poderes políticos para avançar nesses objetivos de melhor redistribuição. O Estado intervém desse modo na economia, contribuindo ao regular o volume de investimentos através de políticas que exigem aumento do gasto público e receitas fiscais para gerar emprego, renda, consumo, poupança e, novamente, investimento. A partir dessa perspectiva, o setor público apareceria como muito funcional, inclusive como o mais apropriado e dinâmico para dito modo de produção.⁹⁰

Suas tensões, seu significado e sua estrutura dual permitirão, entretanto, que o setor público estatal seja também favorável para aqueles que desde ali pretendam não já a crescente e ilimitada reprodução ampliada do capital, mas a consecução de

⁸⁷ O resultado disso seria um Estado *forte com os débeis e débil com os fortes*.

⁸⁸ A lógica de tal atitude implica entender que “capitalismo” e “socialismo” não são essências fechadas e absolutas, totalmente isoladas e incomunicáveis entre si, o mal ou o bem radicalmente inquestionáveis (ou vice-versa), mas devem ser vistos como momentos, partes ou setores de um sempre aberto e incompleto processo histórico.

⁸⁹ Não faltaram, entretanto, leituras que, partindo de uma esquerda radical, negavam a possibilidade e, inclusive, a utilidade dessas propostas, ressaltando, sobretudo, os aspectos ideológicos (alienantes) dessa pretendida integração social. Nesse sentido, v., v.g., Gorter (1914), Pannekoek (1976; 2003) e Rühle (1925).

⁹⁰ Nesse sentido, ver Keynes (1936, 2004).

uma maior e mais decisiva participação real para a força de trabalho. Junto a isso, é verdade que o predomínio, ao lado daquele, de poderosas formas de organização de caráter oligárquico ou monopolista (especialmente em escala global), apesar do mito do capitalismo competitivo e da alegada economia social de mercado, dificultarão e imporão freios em ampla medida a tais potencialidades de desenvolvimento progressivo e de redistribuição mais igualitária, nacional e internacional, de maneira mais clara e explícita a partir da grande crise dos anos 1970.

- d) O que, sob um ponto de vista da necessária coerência democrática, devemos ter em mente como base imprescindível é que, no Estado social, buscava-se fazer também mais reais e iguais para todos essas liberdades e esses direitos civis e políticos proclamados, mas tantas vezes postergados e convertidos em ficção pelos regimes liberais. Junto a isso, se intentava concretizar com caráter de universalidade os direitos econômicos, sociais e culturais derivados das necessidades básicas vitais, exigíveis a fim de se dar diferente sentido e melhores expectativas de vida a milhões de seres humanos.

Essas eram, especificamente, a partir da perspectiva das *esquerdas*, as principais metas a que se deveria aspirar e as que dariam maior e melhor legitimidade e legitimação ao Estado social. Sua garantia jurídica e, inclusive, sua realização efetiva, estavam de forma inequívoca unidas ao conceito e ao sentido mesmo do Estado (social) de direito e à realização de direitos sociais. Também seria Estado de direito o (anacrônico) modelo liberal (ou neoliberal), mas este, sem acolher o núcleo essencial de tais direitos sociais, dificilmente encontraria na atualidade legitimação fáctica, tampouco validade ou legitimidade racional. E se trata de avançar nele, no Estado social, de maneira gradual, integrando e procurando tais objetivos no marco renovado (transformado e mais democraticamente regulado) desse modo de produção capitalista, de aparente livre mercado e de efetiva acumulação privada dos meios de produção.

Tal sistema, e o pacto social partidos-sindicatos que estava na sua base, funcionou com ampla vigência e efetividade operativa, não sem altos e baixos, insuficiências de fundo e crises conjunturais, durante bons decênios em alguns dos países economicamente mais desenvolvidos; e especialmente o fez durante o segundo pós-guerra, até os anos 1970, aproveitando-se do ciclo expansivo das economias ocidentais desse período. Assim, foram possíveis essas políticas redistributivas e de importantes serviços sociais e prestações de bem-estar que caracterizaram as melhores e insuprimíveis aportações do Estado social e que, como Estado de direito, foram em ampla medida garantidas por leis e tribunais.

Mas, por um lado, as repercussões dos complexos processos de decolonização, de maior alcance na política do que na economia, com todas as contradições e dificuldades que se poderia supor, e, por outro, os limites do financiamento de tais políticas públicas sociais no marco do sistema capitalista levaram à situação que se denominou de “crise fiscal do Estado”, resumo muito abreviado dos atuais problemas do binômio Estado social de direito - Estado de bem-estar social (*welfare state*). Nem a economia - ressalta-se e admite-se, com umas e outras diferentes implicações e derivações - tem possibilidades, nesse marco, para pretender financiar essas expansivas políticas públicas sociais, nem o Estado pode, assim, comprometer-se com garantias jurídicas,

como Estado de direito, a proteger tais exigências, demandas e direitos fundamentais (crise de governabilidade).⁹¹

Que pode e deve fazer o Estado, o Estado de direito, ante tão difícil e complexa situação? A par dos paradigmas políticos iniciados na era Reagan-Thatcher, que se destacam por uma volta atrás, não absoluta e total aos tempos do abstencionismo estatal - pois isso ocasionaria uma ruptura da coesão social e uma deslegitimação política (quase) impossível de suportar, tanto para os governos (com inevitáveis retrocessos contrários ao Estado de direito) quanto, sobretudo, para os cidadãos/administrados, para seus direitos e para suas liberdades -, mas com uma substancial paralização, e inclusive desmantelamento, de boa parte dessas políticas de bem-estar e a imposição de um modelo de Estado conservador, residual e neoliberal,⁹² é necessário verificar que a base fundamental do Estado social ainda é a base do contemporâneo Estado democrático de direito, que assume muitas das suas conquistas.

Trata-se, em primeiro lugar, de um Estado que passa de um tipo de Estado envolvido em excesso em um indiscriminado intervencionismo quantitativo a um Estado que intervém de forma mais qualitativa e seletiva, com importantes revisões e correções dentro dele. Trata-se de que este, o Estado, por querer fazer demasiadas coisas, não deixe de nenhum modo de fazer, e fazer bem (sem corrupções e desvios), aquilo que lhe corresponde fazer em função das metas, necessidades, interesses gerais e particulares, obrigações éticas e políticas que, ademais, os cidadãos/administrados possam e devam exigir. Há valores, bens e direitos que não podem nem devem ficar à inteira disposição do mercado. O que se demarca aqui é que não pode haver, por um lado, uma sociedade de bem-estar, nem, por outro, uma real emancipação em uma nova sociedade sem um Estado que trabalhe com força em tal direção.

Trata-se de centrar a atenção do Estado nos verdadeiros interesses gerais (compostos, ainda assim, por legítimos interesses de particulares). Mas não se trata, todavia, de reduzir o Estado ao princípio conservador de “subsidiariedade”. Não se trata, portanto, de relegar ao Estado unicamente aquilo que os demais não possam ou não lhes interesse fazer: há que mirar o interesse real dos cidadãos/administrados. Não, pois, a partir de uma ética colonizada, em que o Estado seja um provedor de utopias, mas de uma ética garantista e democrática.

Um Estado, independentemente do seu regime, da sua natureza e da sua forma de governo, tem peculiares e especializadas funções a realizar. O Estado deve, assim, realizar certas atividades tidas por fundamentais, porque se elas não se realizam, o corpo político não chega a atingir os objetivos que estão na base de sua origem e justificação. Para atingir seus fins, o Estado deve agir, deve desenvolver atividades em prol do bem-estar e da satisfação das necessidades fundamentais - sobretudo econômicas, sociais e culturais - dos cidadãos/administrados. E a atuação estatal concretiza-se segundo o conteúdo peculiar das funções atribuídas às suas agências e aos seus agentes, em três dimensões fundamentais, que concernem aos poderes-funções estatais: poder-função legislativo, poder-função governativo (executivo) e poder-função judicial/jurisdicional (judiciário).

É da natureza mesma da organização do Estado que sejam formuladas regras que concernem à sua própria estrutura (a estrutura do Estado), e também regras que concernem à regulação

⁹¹ Sobre a “crise fiscal do Estado” e a conseqüente “crise do Estado social”, ver O’Connor (1977).

⁹² Entre os expoentes dessa vertente, podemos citar Friederich Hayek, Milton Friedman e Robert Nozick.

das relações entre o Estado e os cidadãos/administrados. Daí que não basta, ao Estado, a edição de normas, pelo Poder Legislativo, mas também gerir, administrar e formular, implantar e avaliar políticas públicas sociais que atendam efetivamente os desejos e as necessidades da cidadania segundo essas normas previamente editadas. Além disso, pela função judicial, defende-se o corpo normativo em questão. Estado de direito, pois, é aquele que se pauta pelo respeito aos direitos fundamentais, sejam eles civis, políticos ou sociais, e promove a expansão das liberdades e garantias públicas em todas as áreas, cumprindo com os deveres que lhe são atribuídos e adotando o império da lei na sua mais elevada fórmula, a supremacia da Constituição, além de concretizar e syndicar a sua mais harmoniosa aplicação.

Capítulo II

*A Dignidade Humana e a Garantia do
"Mínimo Existencial", Pedras de Toque
do Estado Democrático de Direito*

A par dos problemas atuais do binômio Estado social de direito - Estado de bem-estar social (*welfare state*), com a alegada “crise de governabilidade” e, conseqüentemente, com a substancial paralisação, e inclusive desmantelamento, de boa parte dessas políticas de bem-estar e a imposição de um modelo reacionário de Estado conservador, residual e neoliberal,⁹³ é absolutamente necessário verificarmos que a base fundamental do Estado democrático de direito contemporâneo ainda é a mesma base fundamental do Estado social histórico, já que o Estado democrático de direito contemporâneo assume muitas das conquistas do Estado social, como o dever de realizar os direitos fundamentais dos cidadãos/administrados. Por isso, a *dignidade humana* é reconhecida, no Estado democrático de direito, como um valor supremo, o primeiro dos valores fundamentais, o verdadeiro epicentro de todo o ordenamento jurídico, em torno do qual gravitam todas as demais normas.

Nesse sentido, um dos grandes avanços do constitucionalismo social foi haver dotado os direitos humanos de certa força vinculante, seja incorporando-os às constituições nacionais, como direitos fundamentais, seja conferindo um *status* especial aos tratados internacionais de direitos humanos. Assim, para além do complexo debate jurídico sobre as relações entre o direito internacional (*direito dos direitos humanos*) e o direito constitucional interno (*direito dos direitos fundamentais*) - monismo e dualismo -, as constituições contemporâneas, no marco do Estado democrático de direito, têm, além de cláusulas que conferem um *status* especial aos tratados internacionais de direitos humanos,⁹⁴ incorporado definitivamente os direitos humanos ao virtuoso/eloquente catálogo das garantias constitucionais - ou seja, dos direitos ditos fundamentais: o projeto do Estado democrático de direito, herdeiro do Estado social, passa, necessariamente, por uma concepção da democracia constitucional como um sistema jurídico-político profundamente vinculado, em termos materiais, àqueles direitos que podemos concomitantemente qualificar de humanos/fundamentais.⁹⁵ Portanto, na atualidade, são exatamente os direitos humanos - ou me-

⁹³ Grau (2001, p. 69-75), Mello (2001, p. 35-47) e Rocha (2001, p. 9-34) criticam enfaticamente o contínuo desmantelamento, no Brasil, dos lineamentos básicos dados pela Constituição de 1988. Segundo Grau (2001, p. 69), “Nenhuma outra de nossas Constituições terá sido tão criticada como a de 1988. Dela se tem falado mal, tem-se atribuído todos os males, todas as distorções, todos os desequilíbrios que caracterizam a sociedade e o Estado brasileiros. O Brasil seria ingovernável, diz-se, sob a Constituição de 1988. Por isso se impunha a sua revisão - afirmou-se de início -, ao menos a sua reformulação mediante Emendas Constitucionais - passou-se a dizer após. Jamais, contudo, foi esclarecido *por que* e *como* a Constituição de outubro de 1988 comprometia a governabilidade e/ou seria adversa aos interesses do povo brasileiro, titular do poder que a constituiu”.

⁹⁴ Essa tendência parece começar com a Constituição portuguesa, que, no seu art. 16, estabelece que: “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional” e que “Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”. Na América Latina, a Constituição peruana de 1979 parece inovar nesse tratamento constitucional dos direitos humanos, seguida pelas constituições da Guatemala (1985) e da Nicarágua (1987). As constituições contemporâneas de outros países, como Argentina, Brasil, Espanha e Venezuela, com maior ou menor grau, também adotam essa tendência do constitucionalismo social, de reconhecer, ao menos sob certas condições, um *status* e uma hierarquia particulares aos tratados de direitos humanos.

⁹⁵ Em matéria de direitos humanos, tem-se desenvolvido um verdadeiro “direito constitucional internacional” ou um “direito dos direitos humanos”, que exsurge da ampla convergência dinâmica entre o direito constitucional e o direito internacional, que se retroalimentam e auxiliam mutuamente na proteção da dignidade humana. Dessa forma, tendo-se em conta que os princípios gerais de direito reconhecidos pelas civilizações são uma das fontes reconhecidas do direito internacional (art. 38.1 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça), resulta razoável que o próprio direito internacional tenha em conta os avanços do direito constitucional em matéria de direitos humanos para o seu próprio desenvolvimento e vice-versa: a adoção constitucional generalizada de determinadas normas de direitos humanos pode ser considerada como uma expressão do estabelecimento de um princípio geral de direito. O desenvolvimento dos direitos humanos é, assim, dinamizado tanto pelo direito internacional como pelo direito constitucional, devendo o intérprete optar, sempre, em função do princípio de *favorabilidadade (pro homine)*, pela norma mais favorável à realização desse valor supremo que é a dignidade humana. Segundo Dulitzky (apud MARTIN; RODRÍGUEZ; GUEVARA 2004, p. 34),

lhor, o efetivo respeito aos direitos humanos - os principais referentes utilizados pela comunidade internacional para avaliar a legitimidade de um ordenamento jurídico-político.⁹⁶

Por outro lado, o fundamento da autoridade normativa dos direitos humanos que vêm sendo positivados pelas constituições, e, portanto, também dos direitos fundamentais nelas proclamados, confunde-se com o próprio valor supremo de dignidade humana, nos termos da Declaração Universal de Direitos Humanos.⁹⁷

A fundamentação argumentativa da presumida validade universal dos direitos humanos, *para todos os homens*, e a conseqüente eleição, pela via constitucional, de determinados direitos como fundamentais aos cidadãos/administrados,⁹⁸ tem que poder basear-se em uma ideia axiologicamente adequada de dignidade humana: esta, a dignidade humana, constitui o elemento central para a construção de um fundamento, independentemente da forma jurídica que os veiculem dogmáticamente, para os proclamados direitos humanos fundamentais. Os direitos humanos têm que poder ser positivados axiologicamente como direitos fundamentais do homem; a dignidade humana, fundamento a partir do qual isso acontece, é uma “premissa forte”, ou seja, é uma idealização que está presente em todas as positavações, mas que não se perde nelas. Essa tal ideia de dignidade humana tem que constituir um fundamento normativo universal sólido e irreduzível de todas as declarações concretas de direitos humanos e de todas as constituições dos Estados democráticos de direito.

Caberia perguntarmo-nos se temos, de fato, tal concepção de dignidade humana. Sua definição não parece haver sido alcançada, até o momento, senão de forma negativa e indireta, considerando-se, assim, expressão da dignidade humana justamente uma série de direitos e de expectativas materiais cuja violação concreta representaria, concomitantemente, a violação da dignidade humana.⁹⁹ A par desse evidente círculo vicioso, essa definição indireta poderia ser enunciada nos seguintes termos gerais - a dignidade humana consiste, basicamente, naquilo que seria violado:

a expressão “direito dos direitos humanos” é utilizada por Ayala Corrao, enquanto a expressão “direito constitucional internacional” é utilizada por Flavia Piovesan.

⁹⁶ Assim, no âmbito do constitucionalismo social contemporâneo, o tratamento especial e privilegiado dos direitos humanos justifica-se a partir de uma profunda afinidade axiológica e normativa entre o direito internacional, que, a partir da Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, coloca os direitos humanos no seu próprio ápice, e o direito interno, que coloca de forma correspondente os direitos fundamentais (constitucionais): é natural, portanto, que as constituições contemporâneas enfatizem essa afinidade conferindo em *status* especial aos instrumentos internacionais proclamadores dos direitos humanos.

⁹⁷ “Art. 1º Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.” A interpretação do conteúdo normativo dos tratados de direitos humanos proclamados depende, assim, de forma decisiva, da dignidade humana dos seres humanos individuais dotados de razão e consciência: é esse o *espírito* da concepção clássica dos direitos humanos para o liberalismo político (que não se confunde com o liberalismo econômico), que concentra toda a sua relevância na defesa do indivíduo (o cidadão/administrado) contra o Estado e nos direitos de participação política do indivíduo dentro daquele (o Estado).

⁹⁸ Como já afirmamos, a ideia de *direito fundamental*, em um plano axiológico, concerne às prerrogativas e às instituições que o ordenamento positivo concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. Sua *fundamentalidade* decorre do fato de que, sem ele, a pessoa não se realiza, não convive e, em situações mais radicais, sequer sobrevive: são direitos imprescindíveis para a vida digna e, por isso, exigíveis em nome de todos e para todos os cidadãos/administrados - daí deriva a sua ampla corresponsabilidade aos “direitos humanos”.

⁹⁹ A formação de um catálogo de direitos humanos está, de fato, associada ao catálogo das chamadas “histórias tristes”, ou seja, àquelas experiências coletivas de extremo sofrimento e de exposição do homem a experiências extremamente indignas, sobretudo ao longo do século vinte, pródigo em guerras, ditaduras e genocídios, objeto de sucessivas interpretações morais que constituem a base do chamado “saber moral” negativo (MARGALIT, 1997, p. 141 e ss). Para os que dispõem desse saber, é muito clara a exigência de concretizar a proteção dos direitos humanos para evitar-se que essas experiências se repitam. É nesse sentido que Habermas (2003, p. 124) afirma que na maioria dos artigos referentes aos direitos humanos retumba o eco de uma injustiça sofrida que passa a ser negada, por assim dizer, palavra por palavra.

- a) se fossem subtraídos, à pessoa, os bens indispensáveis para a vida e/ou as liberdades mínimas;
- b) se é imposta à pessoa profunda e duradoura dor física e/ou psíquica evitável, ou se lhe é negado ou reduzido o próprio *status* de sujeito de direito.

O núcleo central de tal ideia de dignidade humana, como fundamento universal dos catálogos de direitos humanos particularizados culturalmente, requer, ademais, uma variação em torno das formulações do imperativo moral kantiano:¹⁰⁰ exige-se de qualquer homem que trate a outro da forma como gostaria de ser tratado por este, e não como as circunstâncias conjunturais o indiquem.¹⁰¹ Os direitos humanos são, portanto, uma questão social e cultural (educacional), e não uma questão meramente política ou econômica.

Assim, a questão dos direitos humanos, e com ela da própria dignidade humana, coloca-se como algo parecido a uma “maratona existencial”, de resistência e de afirmação:¹⁰² incumbe a todos e a cada um de nós, sendo indelegável a terceiros - mesmo ao Estado -, sob pena de perda de autonomia, respeito e, mesmo, dignidade. É uma tarefa de todos e de cada um dos cidadãos/administrados, independentemente de sua origem, de sua condição social ou de suas convicções. Se tal revolução cultural e mental não ocorre, de pouco ou mesmo de nada serve que um Estado-providência provedor de utopias reedite as atitudes de um déspota esclarecido.

Em síntese, àqueles que ainda não aceitam a ideia da dignidade humana como valor palpável, integrado concretamente ao sistema jurídico, por entendê-la como uma formulação demasiadamente abstrata, devendo apenas fornecer, por isso, uma base para a aplicação de outros princípios fundamentais, como a privacidade, a autodeterminação, a integridade física e mental, etc., deve ser oposto o caráter concreto e autoaplicável da dignidade humana, expresso na vida concreta de cada sujeito particularizado a partir do paradigma da razão comunicativa: a língua é uma condição essencial à existência da possibilidade humana;¹⁰³ a partir daí, a vida não é somente o primeiro e fundamental direito a ser protegido pela lei; é, mais, a própria condição primária de possibilidade de quaisquer outros direitos. Desenvolve-se, assim, o conceito de supremacia absoluta da vida humana, vida que, para ser entendida como tal, deve ser digna.

¹⁰⁰ O princípio da dignidade humana desenvolveu-se, sobretudo, a partir dos estudos de Immanuel Kant: foi Kant que, tentando fundamentar um dos imperativos categóricos universais por ele formulados, pôs em evidência o caráter único e finalístico em si mesmo do ser humano: “Age como se a máxima de tua ação devesse tornar-se, por tua vontade, lei universal da natureza.” (KANT, 1974, p. 224). Kant afirma, assim, que o homem, e de uma maneira geral todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele (o homem) deve ser “sempre considerado simultaneamente como um fim” (Kant, 1974, p. 229).

¹⁰¹ Assim, segundo Villoro (1993, p. 131 e ss), “*Provisionalmente, se puede concluir que la concepción de los derechos humanos no tiene que optar entre universalismo y particularismo. Es intrínseca al programa de los derechos humanos tanto la premisa de la humanitas cuanto la de su politización y su historicidad. La cuestión que queda es la de (re)trazar el itinerario de la interpretación de la humanitas como idéntica con la problemática idea de que solamente la cultura europea correspondería a la esencia misma de la especie humana*”.

¹⁰² Nesse sentido, o pensamento de Zambrano (2008), para quem a vida não pode ser vivida sem um ideal, mas um ideal que não pode ser meramente abstrato: “*ha de ser una idea informadora, de la que se derive una inspiración continua a cada acto, en cada instante*”. Assim, aceitação e resistência parecem ser as condições últimas da vida, ou seja, a vida deve estar aberta para aceitar, mas também deve ser forte para resistir: a aceitação a leva a entrar em ação, em movimento, em constante transformação; a resistência, a perseverar. A primeira é uma ação incessante; a segunda é conservação.

¹⁰³ Nesse sentido, ver Habermas (2003).

Esse paradigma impõe pensar a vida sob um aspecto material, ou seja, o ponto de partida desse paradigma é a vida com um conteúdo propriamente material, pois a vida é, sobretudo, vida concreta, biológica.¹⁰⁴ Nesse contexto, o núcleo do princípio da dignidade não supõe apenas garantir a proteção da dignidade humana no sentido de assegurar para a pessoa, de forma genérica e abstrata, um tratamento não degradante, tampouco significa o simples oferecimento de garantias à integridade física ou psíquica do ser humano: nesse ambiente, de um renovado humanismo, a vulnerabilidade humana será tutelada de forma prioritária onde quer que se manifeste, e como se manifeste, de modo que sempre terão preferência os direitos e as necessidades de certos grupos sociais considerados, de uma forma ou de outra, mais vulneráveis, e que estão, assim, a exigir uma proteção especial: as crianças e os adolescentes, os idosos, os portadores de deficiências físicas ou mentais, os consumidores, os trabalhadores, os desempregados, os pobres e os membros de minorias étnico-raciais, entre outros (MORAES, 2002, p. 116-117).

Está claro que, nessa dimensão, é impossível reduzir a uma fórmula genérica e abstrata *a priori* tudo aquilo que constitui o núcleo da dignidade humana. Assim, essa discussão sobre o respeito à dignidade humana e à consequente delimitação do seu conteúdo só pode ser levada a cabo no caso concreto, quando se possa perceber uma efetiva agressão à dignidade da pessoa. Nesse contexto, parece-nos claro que a materialidade do princípio da dignidade humana assenta-se sobre o denominado “mínimo existencial.”¹⁰⁵

Por isso, é necessária a adoção de uma nova visão sobre os direitos sociais, pois a efetividade de quaisquer direitos humanos fundamentais, vinculados à dignidade humana e relacionados à liberdade e à autonomia da pessoa, não é possível sem a garantia, para ela, do mínimo existencial, condicionado econômica, social e culturalmente. Isso implica refutar o processo liberal de banalização - que destitui, na prática, a autoridade dos direitos humanos fundamentais - e de fragmentação teórica dos direitos humanos fundamentais (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 517 e ss), repensando esses direitos e as suas garantias, pois a concretização dos chamados direitos sociais não pode ser considerada separadamente da consolidação da própria democracia e dos direitos civis e políticos: a realização da cidadania real, imprescindível para a democracia, requer reformas econômicas, sociais e culturais para a remoção dos obstáculos que a impedem (DIMENSTEIN, 2006, p. 22 e ss).

De fato, o próprio significado social de “pessoa” está relacionado com as diferentes posições que cada um de nós ocupa - e através das quais atuamos - dentro de cada campo concreto (BOURDIEU, 2000, p. 112), e essas posições, cujo conjunto constitui a nossa definição social de pessoa, estão definidas dentro de cada campo de tal forma que nos permitem determinadas práticas sociais e nos impedem ou restringem outras.¹⁰⁶ Disso tudo, verifica-se que, dentro de cada campo, as posições não são igualitárias; ao contrário, uma das características mais destacadas desses campos é a distribuição diferente - substancialmente diversificada e estratificada - de certos atributos entre as posições ocupadas pelos indivíduos. É justamente essa distribuição diferente

¹⁰⁴ Assim, podemos afirmar que a vida nunca poderá ser reduzida a uma ideia, a uma abstração, dado seu substrato concreto, físico e biológico. Nesse sentido, ver Maturana e Varela (2001).

¹⁰⁵ Segundo Barcellos (2002, p. 198), o mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis para a existência humana digna: o mínimo existencial e o núcleo material da dignidade humana correspondem ao mesmo fenômeno.

¹⁰⁶ Nesse sentido, ver Zambrano (1996).

que conforma a base de certas definições sociais diferenciadas das posições; umas em relação às outras, as diferentes posições têm estabelecidas entre si a forma como deveriam relacionar-se reciprocamente: como iguais, em superioridade (uma com mais poder e/ou influência sobre a outra), em inferioridade, ou, mesmo, não poderem, nem deverem relacionar-se (TORRAZZA, 2006, p 27 e ss).

Pobre, desempregado, analfabeto, etc. são categorias que determinam a posição das pessoas e, conseqüentemente, estabelecem um tratamento determinado por parte dos demais atores do campo, ao mesmo tempo em que faz com que aqueles que ocupem determinada posição esperem do restante determinado tratamento, em um processo cultural de institucionalização das diferenças, das discriminações e das clivagens econômicas, sociais e culturais como parte de um esquema de reprodução social e de dominação.¹⁰⁷

Nesse contexto, em relação aos direitos humanos e à dignidade humana, a posição da pessoa como nexos entre a ideia abstrata de pessoa e a nossa práxis em relação ao conjunto de posições deveria refletir um conjunto de direitos - e correspondentes deveres implícitos - que decorrem da igual dignidade de todas as pessoas. Mas a existência social das pessoas concretas caracteriza-se, de fato, por uma constante restrição e vulneração desses direitos como resultado das diversas práticas e definições que se estabelecem. Conclui-se, assim, que os direitos abstratos se concretizam em cada campo através das práticas resultantes do jogo entre as diferentes posições: a igualdade real deixa de existir, já que cada campo comporta uma distribuição de atributos e bens considerados escassos e que se vertem em verdadeiros privilégios. Para sustentar essa distribuição desigual de atributos e bens, cada campo tem organizados mecanismos reprodutivos que atuam sincrônica e diacronicamente, e que tendem a afetar - e, em geral, a acentuar - essas distintas atribuições de direitos e deveres às posições.

O controle desses mecanismos reprodutivos concentra-se nas posições privilegiadas de cada campo, seja porque aqueles que as ostentam exercem um controle direto desses mecanismos, concretamente, seja porque exercem sobre eles um controle simbólico (ALTHUSSER, 1977, p. 301 e ss). Dessa forma, o próprio conceito de sociedade conforma-se a uma estrutura de campos em que as pessoas, através de suas posições (com as suas definições e os seus privilégios), relacionam-se entre si, estabelecem práticas sociais e perpetuam-se diversas clivagens - étnicas, de gênero, de *status* social ou econômico, etc.- e desiguais distribuições de bens e direitos econômicos, sociais e culturais.

Falar de direitos humanos e, conseqüentemente, de dignidade humana é, portanto, falar de fazer acessíveis os direitos sociais a grupos humanos que habitualmente não têm pleno acesso a esses direitos. Ou seja, trata-se de abrir um caminho novo, verdadeiramente alternativo e real, a uma cidadania não excludente, democrática em seu sentido participativo e devotada para uma práxis autenticamente transformadora da própria sociedade. Para colocá-lo em marcha é necessária grande energia e vontade política, mas também, concomitantemente, é necessária uma grande

¹⁰⁷ Assim, v.g., nas sociedades atuais, marcadas pelo consumismo capitalista, o poder de consumo vem substituindo progressivamente os direitos fundamentais das pessoas. O próprio ideal de felicidade atualmente está diretamente relacionado com os padrões de consumo de produtos e serviços: a dignidade humana se reduz à (ou é medida pela) capacidade de aquisição de determinados bens, adoção de certo estilo de vida e possibilidade de frequentar determinados espaços. Com a globalização, o mercado, ao garantir as exclusões, tornou-se a mais prolífica e menos controlada "linha de produção" de pessoas excluídas. Como afirma Bauman (2005), em uma sociedade de consumidores, os excluídos são as pessoas carentes de recursos materiais e, portanto, incapazes de consumir.

capacidade técnica para (re)idealizar os conteúdos e as técnicas que nos permitam (re)pensar os direitos sociais, as suas garantias e a própria atuação do Estado democrático de direito.¹⁰⁸

As instituições jurídicas e o direito podem ser instrumentos de opressão social quando estão apartados da democracia; no entanto, com a democracia participativa e a fortaleza da cidadania, o direito pode desvelar-se uma instituição coletiva de libertação.¹⁰⁹ Evidentemente, não pode haver cidadania significativa sem democracia, tampouco um modelo de democracia pode ser substancialmente democrático sem cidadania real. É necessário, portanto, reconstruir algumas premissas do campo jurídico para um direito posto não apenas como um instrumento de defesa social frente às arbitrariedades, mas também como um instrumento de tutela da própria cidadania real em um contexto inclusivo e de construção permanente de um modelo de desenvolvimento mais humano, mais justo e mais democrático, pondo em marcha atos concretos e orientados à plena efetividade dos direitos sociais, por todos os meios possíveis, empregando o máximo de recursos disponíveis.

Uma revisão modernizadora dos direitos humanos fundamentais que recorra à argumentação crítica e à concertação social, conciliando diferentes vertentes, poderia ativar mecanismos de formação de opinião pública críticos e politicamente relevantes, que poderiam atuar em todos os planos, restaurando o ponto inicial de partida dos direitos humanos, que foi o germe do liberalismo político iluminista.

É importante, contudo, ressaltar que o liberalismo econômico e o liberalismo político não coincidem.¹¹⁰ O cerne moral do liberalismo político permanece na concepção discursiva dos direitos humanos fundamentais: corresponde à obrigação de que todos os processos de autodeterminação coletiva devam ser regulamentados segundo o problema a que se referem, assim como à de que, neles, a liberdade de autodeterminação (autonomia) de cada um deva ser preservada, fortalecida e protegida, para que a autonomia de um não se sobreponha sobre a (à custa da) autonomia operacional de outro. O cerne moral do liberalismo econômico, pelo contrário, é a proteção de uma partilha de benefícios “contratados” entre as partes. Mas a regulamentação dos mercados pela noção de eficiência¹¹¹ não pode substituir a ideia central do liberalismo político.¹¹²

¹⁰⁸ Nesse sentido, ver Pereira e Dias (2008).

¹⁰⁹ Não nos parece difícil perceber que se as normas são criadas pelos próprios interessados em vê-las cumpridas, através da cooperação dos atores sociais fundada no binômio autonomia-solidariedade, sua materialização está muito mais presente na autonomia do que em casos de anomia ou heteronomia - é necessário envolver, pois, todos os participantes na produção, interpretação e aplicação das normas; “*de allí la efectividad normativa legítima- y el modelo normativo de acción está, además, asociado a un claro modelo democrático de aprendizaje y de auto-reconocimiento que tiene en cuenta la interiorización de valores.*” (HABERMAS, 2001, p. 129).

¹¹⁰ Sobre a definição de liberalismo político, ver Rawls (1993, p. 43 e ss) e Ulrich (1998, p. 296 e ss).

¹¹¹ Na teoria econômica neoclássica, a noção de eficiência, traçada por Pareto, refere-se à eficiência de um sistema, entendendo-se como eficiente o sistema se não há forma de melhorar-se o bem-estar de um indivíduo sem que outro seja afetado no seu próprio bem-estar. Uma distribuição eficiente de recursos, nesse sentido, não é uma distribuição na qual todas as pessoas conseguem aumentar o seu bem-estar, ou na qual os recursos são oferecidos preferencialmente às pessoas que deles mais necessitam, mas uma distribuição na qual ninguém consegue aumentar seu próprio nível de bem-estar sem reduzir concomitantemente o nível de bem-estar de alguma outra pessoa. A ideia de eficiência do sistema está relacionada com o conceito de elite, definida e constituída, por sua vez, pelos “melhores elementos” da sociedade. Trata-se de uma teoria que influenciou profundamente o fascismo italiano e que, paradoxalmente, continua presente no cerne do pensamento econômico conservador atual. Para uma melhor compreensão da noção de eficiência nesse contexto, v. Pareto (1988) e Alvarez (2007).

¹¹² Como afirma Thurow (1996), democracia e capitalismo partem de crenças muito distintas sobre a adequada distribuição do poder. A primeira funda-se na distribuição equitativa do poder político, “um homem, um voto”, enquanto o capitalismo se funda na crença de que é dever dos economicamente mais aptos expulsar aos não aptos do negócio (concorrência) e eliminá-los. A “sobrevivência do mais apto” e as desigualdades no poder de compra são a base da eficiência

A forma universal dos direitos humanos, e sua fundamentalidade nos ordenamentos particulares, corresponde à exigência de uma ordem mundial na qual todos os homens possam realmente desfrutar de todos os seus direitos humanos e fundamentais. O processo de especificação e reclamo de conteúdos particulares para a forma universal dos direitos humanos é um processo empírico e coletivo de aprendizagem moral e política. Sua dinâmica processual tem que corresponder às normas definidas - ou definíveis - de um discurso argumentativo negocial sobre normas morais controvertidas, ao menos para que as convenções obtidas na (pela) comunidade real particular de comunicação e argumentação possam ser enunciadas e apresentadas como válidas para todos os homens.¹¹³

Instrumentalmente, portanto, os direitos de informação, comunicação e argumentação são direitos de extrema relevância porque todos os demais direitos pactuados dependem de três fatores:

- a) que cada homem queira ter uma ideia correta de como os outros homens querem e/ou necessitam viver;
- b) que todos possamos comparar essas ideias de modo mais ou menos equivalente;
- c) que nos coloquemos de acordo sobre tais questões na sua raiz, e não nos limites que os mais poderosos tenham decidido fixar.

Para que possamos comparar tais ideias equivalentes no quadro das diversidades e nos colocarmos de acordo ao seu respeito, não há necessidade de um modelo de racionalidade particularmente ambicioso ou especializado, e por isso mesmo talvez culturalmente relativo. Para esse fim basta a racionalidade que se emprega habitualmente para estabelecer um diálogo e para oferecer e ponderar argumentos: a razão argumentativa. É de supor que cada um disponha de “suficiente razão” (racionalismo) para dialogar com outro, em uma argumentação discursiva, em torno de questões comuns a ambos. Nesse contexto, a razão argumentativa ou a racionalidade discursiva consiste em um poder e em um saber articular (e revisar) as nossas pretensões de validade, os nossos fundamentos e as nossas experiências, tudo isso sem que nos esqueçamos dos outros.¹¹⁴

A articulação de todos os processos possíveis de autodeterminação coletiva sobre um problema de referência, em que é preservada, fortalecida e protegida a autonomia de cada um, sem que a autonomia operacional de um venha a ser sacrificada em benefício da autonomia de outro, é o que os direitos humanos têm em comum com o liberalismo político - e o que eles têm a ver com os direitos sociais. Portanto, não só pouco, mas, na realidade, nada teriam a ver com o liberalismo econômico.

Direitos humanos fundamentais - civis, políticos e sociais - devem ser um problema universal, não só abstrato, intelectual, mas generalizado no desenho de todos os segmentos da so-

capitalista. Assim, as empresas se tornam eficientes para enriquecer. Por isso, atualmente, quanto mais se desenvolvem os mercados, mais parece vulnerável a igualdade entre os homens.

¹¹³ Um exemplo de uma comunidade complexa desse tipo foi a conferência da Organização das Nações Unidas em Viena, em 1993, sobre direitos humanos. Nela, representantes de Estados, comissários de diferentes organizações civis não governamentais e militantes de direitos humanos formaram uma comunidade de argumentação e comunicação claramente orientada pela busca de concretização dos conteúdos que dariam eficácia às normas universais que os direitos humanos supostamente são.

¹¹⁴ Nesse sentido, ver Apel e Kettner (1996).

cidade. Deve ser exigida generalização e universalidade para todos os direitos humanos fundamentais, civis, políticos e sociais. Generalização no sentido de que esses direitos são para todos e por todos; universalidade no sentido do componente metafísico da concepção da pessoa humana, independentemente de etnia, religião, preferências sexuais, cultura ou gênero (SAID, 1993, p. 383 e ss). Não parece existir nenhuma razão para que continuemos insistindo na separação e na distinção dos homens, classificando-os e hierarquizando-os.

Assim, os direitos sociais, direitos que sustentam o conceito de mínimo existencial, não podem deixar de ser concretizados sem que se viole profundamente esse valor supremo que é a dignidade humana. Para isso, o Estado-Executivo institui entidades públicas, ligadas à administração pública, para que diretamente, ou mediante cooperação com entidades do setor privado, formulem e executem as políticas públicas sociais mais adequadas às necessidades da população que atendem: uma *administração pública democrática de direito*, ou seja, uma administração pública que, quando está promovendo os seus atos oficiais, cumprindo as suas atribuições normativas e políticas de acordo com o interesse público, o faz respeitando e perseguindo os ditames concernentes à realização da justiça social e dos direitos fundamentais - civis, políticos, sociais - que articulam a cidadania moderna: uma *boa administração pública*, uma *administração pública eficiente e eficaz*, uma *administração pública dialógica*.

Os direitos sociais foram sucessivamente constitucionalizados no século vinte, sendo, assim, sucessivamente proclamados como direitos fundamentais, deixando-se para trás os limites do Estado Liberal e as suas arcaicas formulações. As contradições entre os princípios do Estado Liberal e os do Estado Social foram superadas pelo Estado democrático de direito, que se vincula a uma concepção material (e não meramente processual) de democracia como participação também em resultados, o que exige, para os direitos sociais fundamentais dos cidadãos/administrados, uma configuração jurídico-política e uma interpretação coerente com esses supremos princípios democráticos.

O Estado de direito, como expomos, corresponde à institucionalização jurídico-política da democracia, sendo a sua razão de ser a proteção e a efetiva realização dos direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais.¹¹⁵ O fundamento de validade da democracia pluralista radica na autonomia moral do ser humano como fim em si mesmo, participante em um duplo sentido na constituição do próprio sistema, através da formação da lei (participação nas deliberações) e através da participação nos resultados sociais. Tais direitos, contudo, não presumem que os seres humanos são seres autônomos, livres e iguais, mas predicam que os homens devam sê-lo e que para isso são necessários contextos institucionais adequados que o façam possível - os direitos fundamentais seriam, assim, os instrumentos adequados para isso. Nessas condições, os direitos fundamentais são o fundamento de legitimidade tanto de uma teoria da justiça quanto de uma teoria da autoridade.

Sustentar que os direitos fundamentais são um critério de legitimidade com projeção tanto na teoria da justiça quanto na teoria da autoridade tem, evidentemente, implicações na relação, às vezes (aparentemente) contraditória, entre direitos fundamentais e democracia em contextos constitucionais.¹¹⁶ Evidentemente, o constitucionalismo impõe limites sobre o princípio majoritário em dois âmbitos especialmente, ao considerar os direitos fundamentais como um âmbito protegido frente ao legislador ordinário e ao administrador de turno e ao atribuir o controle

¹¹⁵ Nesse sentido, ver Díaz (1966) e Peces-Barba (2004, p. 92 e ss).

¹¹⁶ Alexy (2003, p. 31-47) assinala a dupla natureza da relação democracia-direitos humanos.

de constitucionalidade a um órgão cuja justificação não é coincidente com a legitimidade democrática primária (ou seja, com a regra de maioria). Nesse debate convém, contudo, não perder o horizonte e tomar consciência das distâncias entre o ideal democrático e a realidade constitucional de cada momento; daí que esta exija recorrer a uma série de ficções funcionais para manter o equilíbrio entre a Constituição e a democracia, entre o fundamento democrático do poder político e a limitação deste pelos direitos fundamentais (PIETRO, 2003, p. 144-145).

Nesse contexto, onde os direitos fundamentais são, antes de tudo, condição necessária para que o seu titular possa desenvolver-se como agente moral em um contexto dado, e concomitante fundamento de legitimidade dos sistemas jurídicos, as normas são legítimas porque são necessárias para o desenvolvimento da autonomia individual, e, portanto, a competência normativa é legítima se - e somente se - deriva do exercício da autonomia pelos destinatários das normas (ou seja, do consentimento social), e as normas são justas se - e somente se - têm como conteúdo a proteção e a promoção dessa mesma autonomia (HIERRO, 2000, p. 359). E, nesse sentido, essas normas devem estar adstritas às condições constitutivas de uma prática de formação discursivo-pública da opinião e da vontade;¹¹⁷ por isso formam parte da própria estrutura constitutiva da práxis democrática e, concomitantemente, a sua configuração jurídica resta confiada aos resultados do exercício da mesma.

A partir disso, o modelo constitucional ideal atribui ao procedimento democrático maior valor moral que a qualquer outro,¹¹⁸ pois, em linha de princípios, este é a expressão do direito à igualdade moral como direito à participação em pé de igualdade na tomada de decisões públicas, corolário da ideia de que todos somos merecedores de igual consideração e respeito, não só como indivíduos, mas também como cidadãos/administrados (BAYÓN, 2004, p. 123). O modelo constitucional, por outro lado, conta, em seu âmago, com uma gama de submodalidades que vão desde a maior rigidez do mesmo até formas de composição mais flexíveis. A justificação institucional de cada uma dessas submodalidades depende da forma com que se combinam ou equilibram o valor intrínseco do procedimento democrático e o seu valor instrumental: a maior ou menor probabilidade de alcançar resultados justos (BAYÓN, 2005, p. 128). Em termos absolutamente gerais, podemos afirmar que as respostas se encontram em dois terrenos, no dos direitos fundamentais e no do controle de constitucionalidade. Mas não se tratam de distintas questões, com distintos alcances e pressupostos. Se, como sustentamos, a legitimidade das normas deriva de serem essas normas o resultado da autonomia moral em condições de igualdade, e se as normas são legítimas se protegem e promovem essa mesma autonomia, os direitos impõem limites ao legislador - e também ao administrador - e atuam como uma espécie de precompromisso no âmbito da deliberação:¹¹⁹ a base da tomada de decisões deveria, portanto, assemelhar-se cada vez mais à democracia participativa real de pessoas e grupos.

A exigência de constitucionalização dos direitos está vinculada à especial posição que ocupam os direitos fundamentais no Estado constitucional (PRIETO, 2003, p. 230 e ss), que se manifesta em um reforço de suas garantias ou de sua resistência jurídica frente a eventuais lesões originadas da práxis dos poderes públicos - e também das relações entre particulares. As dúvidas

¹¹⁷ Nesse sentido, ver Habermas (2005, p. 188) e Pisarello (2000, p. 39).

¹¹⁸ Nesse sentido, ver Díaz (1984).

¹¹⁹ Nesse sentido, ver Moreso (2000).

sobre a constitucionalização das políticas públicas sociais têm que ser resolvidas atentando-se para o conteúdo constitucionalmente material do ordenamento e deixando-se ao administrador uma margem para que atue. A limitação do administrador público reside, numa primeira ordem, no dever que tem de sentir-se vinculado ao desenvolvimento e à proteção dos direitos dos cidadãos/administrados. O administrador está obrigado a ser ativo em relação às normas que, eleitas fundamentais, relacionam-se diretamente com os próprios fins do Estado democrático de direito.

Nesse sentido, argumenta-se que a inatividade é inconstitucional; ou seja, que o administrador pode determinar como quer concretizar um direito, dentro da margem de discricionariedade que lhe é dada pelo próprio ordenamento, mas “quando” concretizá-lo não pode permanecer sob a sua discricionariedade. Estaria proibida, portanto, não só a inatividade, mas também a desatenção ao fim - ao programa traçado pela Constituição - por parte dos órgãos do Estado. Ou seja, o administrador público não pode considerar-se desvinculado dos fins constitucionalmente delineados, nem da necessidade de concretizar tais fins. Daí que o administrador público está obrigado a tomar medidas razoáveis em um prazo razoável e a garantir, ao menos, um conteúdo mínimo essencial de todos os direitos fundamentais; assim, além de um dever de progressividade, impõe-se o princípio de não regressividade ou de proibição do retrocesso social, que proíbe à administração pública a supressão daquelas medidas que já tenham sido adotadas para a promoção dos direitos fundamentais: a proibição de suprimir medidas que tendam a realizar o fim constitucionalmente prescrito.¹²⁰ O governo assume compromissos prestacionais pelo fato de não poder atuar contra os seus próprios atos (*venire contra factum proprium non valet*), tampouco contra os direitos fundamentais.

Precisamente no Estado democrático de direito, tanto os direitos sociais como os demais direitos fundamentais desempenham um papel extremamente relevante no equilíbrio das posições dos sujeitos implicados no complexo processo de decisão da política em um sistema pluralista (BALDASARRE, 2001, p. 73). A continuidade axiológica e estrutural de todos os direitos fundamentais põe em evidência que os direitos sociais não são apenas plenamente compatíveis com a democracia, mas constituem um componente essencial dos valores fundamentais da mesma, ancorados na dignidade humana, não havendo, portanto, razões legítimas para a postergação dos direitos sociais. Ao contrário, as exigências morais que estes incorporam são tão fortes que têm a legítima pretensão de serem reconhecidos como direitos subjetivos diante dos poderes públicos e privados, sobretudo frente à administração pública, pois o que faz de algo um direito fundamental são as razões especialmente fortes para que esse algo seja juridicamente protegido com especial zelo pelo próprio instrumento que consubstancia o pacto social instituinte - a Constituição.

Todos os direitos, não só os sociais e os de participação, são direitos de configuração legal e concomitantemente administrativa, no sentido de que sua plena eficácia resultaria impensável sem uma ativa intervenção legislativa e administrativa. Os direitos fundamentais de qualquer tipo não prescindem da ação do legislador e do administrador público para a sua concretização, para o seu desenvolvimento e para a sua efetividade (SCHEININ, 1994, p. 54, 79). Essa parece ser a interpretação mais coerente com as exigências de uma democracia material-constitucional comprometida com a realização dos direitos relacionados à autonomia de todos em condições de igualdade. Se falamos de direitos fundamentais como parte da legitimidade de um modelo demo-

¹²⁰ Sobre esse princípio, ver Courtis (2006).

crático, tanto o legislador quanto o administrador devem ter margens epistêmicas de manobra para regulamentá-los, e assim concretizá-los (PRIETO, 2003, p. 223 e ss), mas essas margens não supõem a não concretização, sob qualquer pretexto, desses direitos fundamentais.

A função objetiva das disposições constitucionais em matéria de direitos sociais impõe ao legislador um dever de legislar e deveres de atuação que pesam sobre a administração pública e o Poder Judiciário. Entre essas garantias, está, sobretudo, o império da lei: a garantia do princípio da legalidade é a mais coerente com as exigências democráticas desse modelo de Estado (ANSUATEGUI, 1997, p. 44 e ss). A exigência de respeito ao conteúdo mínimo essencial dos direitos fundamentais, que justifica concomitantemente o controle e a limitação do poder, é coerente com essa ideia de império da lei - atualmente qualificada como império da própria Constituição, ou seja, do direito. Logicamente, as dificuldades de identificarmos o conteúdo essencial de um direito fundamental, seja ele civil, político ou social, é a mesma - não é, portanto, algo inerente aos direitos sociais. O conceito de conteúdo essencial, como sabemos, segue sendo demasiadamente difuso e indeterminado, porque é muito difícil eleger critérios minimamente orientativos para delimitar abstratamente o essencial de um direito.¹²¹

O fundamental, portanto, é compreendermos que os direitos fundamentais, que são interdependentes entre si, formam parte de um sistema constitucional no qual o mínimo e o máximo definem-se através de uma relação com outros direitos ou bens do próprio sistema. Em qualquer caso, a falta de respeito a esse conteúdo mínimo supõe que o direito resta desconfigurado, impraticável; seu exercício pode acabar desvirtuando-se e a dignidade dos seus destinatários afrontada. Esse limite pode ser visualizado em um mínimo de atividade legislativa e administrativa, na satisfação do mínimo existencial e no direito ao não retrocesso nas prestações correspondentes ao núcleo essencial dos direitos sociais (CANOTILHO, 1998, p. 45).

Evidentemente, tudo isso tem uma especial relação com o controle. A garantia constitucional objetiva compreende um âmbito expandido que consiste no controle de constitucionalidade dos atos e disposições de todos os poderes do Estado - Judiciário e administração pública, sobretudo. O modelo constitucional institucionaliza formas especiais de justiça constitucional que podem articular-se entre si de diversas formas, mas sempre com o propósito de determinar responsabilidades político-constitucionais e equilibrar continuamente as decisões legislativas, administrativas e judiciais com os valores abstratos da Constituição através de uma “razoabilidade” que se resume na exigência de não arbitrariedade.¹²²

As funções e relações correspondentes ao legislador, ao administrador e ao julgador, no Estado democrático de direito, exigem uma virtuosa divisão de tarefas. Não podemos, assim, pensar razoavelmente na articulação dos direitos sociais fundamentais no marco do Estado democrático (constitucional e social) de direito sem vinculá-los a três bases (PULIDO, 2004, p. 121):

¹²¹ Conforme Prieto (2003, p. 218 e ss), logicamente, as dificuldades de identificarmos o conteúdo essencial de um direito fundamental, seja ele civil, político ou social, é a mesma - não é, portanto, algo inerente aos direitos sociais. O conceito de conteúdo essencial, como sabemos, segue sendo demasiadamente difuso e indeterminado, porque é muito difícil eleger critérios minimamente orientativos para delimitar abstratamente o essencial de um direito. Ademais, demonstra-se equivocada a pretensão de “dissecar-se” um direito para encontrar-se o seu núcleo como se o mesmo pudesse ser isolado (PULIDO, 2004, p. 132). No entanto, a vinculação normalmente não se faz a cada direito isoladamente considerado, mas com a Constituição em seu conjunto.

¹²² Nesse sentido, ver Baldassarre (2001).

- a) uma liberdade regulatória relativa do legislador e do administrador, especialmente no delineamento das políticas públicas sociais;
- b) um legislador e um administrador efetivamente comprometidos com - ou melhor, vinculados ao - conteúdo constitucional dos direitos sociais;
- c) uma jurisdição que, atuando como órgão de controle, reconheça a autoridade do legislador e do administrador na delimitação e na concretização dos direitos sociais fundamentais, reservando para si, embora, o controle sobre aqueles elementos básicos, como o respeito aos direitos sociais fundamentais, indispensavelmente relacionados ao exercício da autonomia e à saúde do próprio procedimento democrático.

Isso implica refutar, como já expomos, a limitação e/ou postergação de direitos sociais como consequência da incidência de uma *lex mercatoria* sobre a política e sobre o direito, limitação e/ou postergação que é paralela à que acontece em relação aos direitos de efetiva participação, provocando o incremento das desigualdades econômicas, sociais e culturais, a exclusão de certos segmentos da participação nos resultados sociais e a erosão de garantias.

CONCLUSÃO

Nesta obra, tratamos, em síntese, de colocar em evidência os fundamentos democráticos e constitucionais implicados na busca da ampla concretização dos direitos sociais, direitos que, como direitos humanos fundamentais, concomitantes meio e condição para a promoção do desenvolvimento humano, da real liberdade e da autonomia da pessoa e de outros objetivos fundamentais do Estado democrático de direito, atuam como verdadeiras premissas materiais para o próprio exercício real de outros direitos, como os direitos civis e políticos.

O progressivo reconhecimento das expectativas relacionadas aos direitos sociais no plano constitucional e em tratados internacionais, com suas variações econômicas, sociais e culturais, não se vem demonstrando, assim, apto a convertê-los em expectativas plenamente exigíveis, tampouco em instrumentos realmente aptos à satisfação das necessidades dos seus destinatários. É essa falta de efetividade dos direitos sociais, que são justamente aqueles que guardam mais estreita relação com esse amplo quadro de desigualdade, vem sendo justificada a partir de diferentes argumentos conservadores que tendem a endossar uma percepção ideológica - política e jurídica - depreciativa dos direitos sociais e, por extensão, das políticas públicas sociais e do papel redistributivo do Estado democrático de direito, argumentos que precisam ser fundamentadamente refutados.

Assim, a par da extraordinária expansão das atuações institucionais devotadas ao desenvolvimento humano, com o estabelecimento de sistemas de compensação e inclusão ao largo do último terço do século dezenove e, sobretudo, dos dois primeiros terços do século vinte sob a égide do chamado “Estado social” e/ou das políticas (*polícies*) do “Estado de bem-estar social” (*welfare state*), permanece bastante consolidado um ponto de vista conservador, acentuado pelas contrarreformas neoliberais iniciadas nos anos 1990, segundo o qual as políticas públicas sociais - e, portanto, a utilização do poder do Estado com o propósito de equilibrar situações de desigualdade material ou de excluir determinados bens do livre jogo do mercado - seriam inevitável fonte de indesejável burocratização, e os direitos a elas relacionados, os sociais, além de onerosos e, portanto, *caros*, verdadeiras *armadilhas* que tenderiam a cercear a eficácia econômica, as liberdades pessoais e as liberdades de mercado, quando não direitos realmente incompatíveis com os de liberdade, ou meramente programáticos, impondo, a par da vigência formal e, inclusive, da extensão dos direitos sociais em muitas constituições e tratados internacionais, uma (nova) *lex mercatoria*, cada vez mais global, que debilita a eficácia vinculante dos direitos sociais e, com isso, o alcance real do princípio democrático e da atuação social/socializante do Estado democrático de direito.

Dessa maneira, o Estado democrático de direito tradicional, longe de converter-se em autêntico Estado social de direito, tem operado, normalmente, de forma meramente residual, como simples Estado legislativo/administrativo, com prestações limitadas à complementação e à correção das ações alocativas dos mercados e atuação orientada a disciplinar a pobreza e a assegurar, sobretudo a serviço desses mercados, a ordem e a segurança pública.

Com poucas exceções, o “núcleo duro” das políticas públicas sociais que vêm sendo adotadas após a crise, nos anos setenta, dos tradicionais Estados sociais e das políticas de bem-estar do *welfare state* não está relacionado à garantia de direitos sociais generalizáveis, ou seja, de expectativas estáveis subtraídas à conjuntura política e, portanto, indisponíveis aos poderes de

turno: as políticas públicas sociais têm sido pautadas por intervenções seletivas, relacionadas à capacidade de reivindicação de certos segmentos, que, mais do que igualar os desiguais, tendem a operar como efetivas concessões discricionárias e, portanto, revogáveis, quando não como autênticas medidas de controle dos pobres, que tendem a institucionalizar a exclusão social.

Nossas conclusões, portanto, nesta obra, podem ser assim sintetizadas e enunciadas:

1 - O Estado democrático de direito, na atualidade, deve ser concebido como resultado e concomitantemente condicionado a uma ordem superior vinculada à soberania popular e à democracia como valor (e não apenas como processo), ou seja, como um Estado constitucional, Estado que, na tomada das decisões administrativas, precisa zelar pelo isento dever de oferecer legítimas e boas razões de fato e de direito, atentando para o direito dos cidadãos/administrados à participação efetiva na formação democrática da vontade política, para a garantia de uma tutela jurisdicional independente e para a existência de pleno controle judicial sobre a administração pública, de forma a promover a possível igualdade real entre os cidadãos/administrados sob a ótica de uma “justiça constitucional” travestida de “justiça social”, inspirada na solidariedade (socialidade), no dever de progressividade em matéria de direitos sociais e na proibição do retrocesso social.

1.1 - A Constituição, criadora e ordenadora de uma comunidade jurídica e política, contém, como regra geral, as normas jurídicas que delimitam os órgãos supremos do Estado, estabelecendo a forma de criá-los, as suas relações recíprocas e as suas áreas de influência, além da posição do indivíduo em relação ao poder estatal; mas também assume certos cânones, paradigmas para a configuração do presente e do futuro de uma sociedade, dotando-os, sobretudo no âmbito das garantias e dos direitos chamados *fundamentais*, de força verdadeiramente vinculante para todo o ordenamento jurídico, que institucionaliza e, em consequência, limita e legitima o exercício do poder estatal.

Esses, os direitos fundamentais, constituem a razão de ser do Estado de direito, sua finalidade mais radical, o objetivo e critério que dá sentido aos mecanismos jurídicos e políticos que compõem o Estado. A democracia não se limita à participação em decisões, alcançando, também, a participação em resultados, ou seja, em direitos, liberdades, atingimento de expectativas e suprimento de necessidades vitais.

O Estado de direito, nessa sua empírica e também racional vinculação e inter-relação com a democracia, converte em sistema de legalidade tal critério de legitimidade; em concreto, institucionaliza de uma forma ou de outra essa participação em resultados, ou seja, garante, protege e realiza os direitos fundamentais.

1.2 - É impossível desvincular a ideia de Estado, como o próprio tema da democracia e do poder político, do exercício da gestão dos interesses públicos e da sua própria demarcação.

O Estado democrático de direito, ancorado na soberania popular, deve pautar-se pela busca de superação de déficits de inclusão social e participação política, proporcionando novos espaços de interlocução, deliberação e execução, assegurando aos cidadãos/administrados as prestações necessárias e os serviços públicos adequados ao desenvolvimento de suas vidas, contemplados não apenas a partir das liberdades civis tradicionais, mas a partir dos direitos econômicos, sociais e culturais garantidos pela ordem constitucional social.

1.3 - Estado, poder político e sociedade relacionam-se reciprocamente, revelando-se imprescindível, na atualidade, conceber o Estado democrático de direito como resultado e condicionado a uma ordem constitucional vinculada à soberania popular e à democracia como valor (e não

apenas como processo) - um Estado constitucional que, na tomada das decisões administrativas, precisa zelar pelo isento dever de oferecer legítimas e boas razões de fato e de direito -, fundada em princípios como:

- a) o do direito subjetivo à participação na formação democrática da vontade política, com igualdade de condições e chances, através de instrumentos e procedimentos eficazes e transparentes;
- b) o da garantia de uma tutela jurisdicional independente;
- c) o do controle sobre a administração pública, que objetiva impedir que o poder social se reduza a um poder meramente administrativo. Tal ordem impõe tarefas ao Estado, de conformação, transformação e modernização das suas estruturas econômicas, sociais e culturais, de forma a promover a igualdade real entre os cidadãos/administrados sob a ótica de uma “justiça constitucional” travestida de “justiça social”, inspirada na solidariedade (*socialidade*), no dever de progressividade em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais e na proibição de retrocesso social.

1.4 - São predicados do Estado democrático de direito:

- a) *Império da lei* - lei que impera sobre governantes e cidadãos/administrados -, ressalvando-se, todavia, que, como já sinalizava o art. 4º da declaração francesa de 1789, a lei nada mais é do que “a expressão da vontade geral”: a lei é criada com livre participação e representação dos integrantes do grupo social, ou seja, através da “vontade de todos”. É claro que o império da lei é também - e sobretudo -, por isso mesmo, o império absoluto da lei fundamental, da Constituição, lei maior à qual se subordinam todas as demais leis, que têm como fundamento de sua validade a conformidade formal e material à Constituição, à expressão originária máxima da “vontade geral”, e, portanto, verdadeiro *império do direito*. Tal império da lei, produzida esta - a lei - como livre expressão da soberania popular, em conformidade com a Constituição, é condição imprescindível para uma eficaz proteção das liberdades e dos direitos fundamentais;
- b) *Separação de poderes* (separação de funções ou divisão de responsabilidades) - Legislativo, Executivo, Judiciário -, ou melhor, *diferenciação de funções estatais* mais do que verdadeira *separação de poderes estatais*, com lógico predomínio, em última e mais radical instância, do Legislativo. Este, em seu mais amplo e qualificado sentido, como representante legítimo do grupo social - da “vontade geral” -, o Poder Constituinte originário e derivado, e também constituído como poder parlamentar ordinário, produtor das correspondentes normas jurídicas (mas subordinado, ele mesmo, à Constituição, inclusive nos próprios procedimentos de reforma da Constituição). É sobretudo a instituição que representa a soberania popular (o Legislativo), através do Poder Constituinte, que subministra legalidade e legitimidade à instituição que exerce a ação governamental;
- c) *Fiscalização da atuação da administração pública* (do Poder Executivo), para que essa atuação se dê em conformidade à lei em todos os níveis dela, com consequente e eficaz controle pelos órgãos competentes segundo a própria lei: controle jurídico e

interdição das arbitrariedades. Junto a ele - mas diferenciado -, o controle político dos governos pelo parlamento. Frente ao Estado absolutista - inclusive no “despotismo esclarecido” - onde o rei é a lei, onde o rei é *ab-soluto (rex legibus solutus)*, é dizer, onde o poder real é a lei, e se libera dela, o Estado de direito implica sempre submeter o rei (o Poder Executivo) à lei, criada no âmbito do órgão de representação popular (o Poder Legislativo) e aplicada por magistrados (árbitros) profissionais, independentes e bem preparados (o Poder Judiciário), comprometidos apenas com a lei. O Estado de direito é, assim, o estabelecimento de limites e controles legais claros - e legítimos - a todos os poderes (a todas as funções) do Estado, especialmente, embora, ao Poder Executivo, ou seja, ao governo, à administração pública;

- d) *Proteção de direitos e liberdades fundamentais*, direitos e liberdades cuja garantia constitui precisamente a razão de ser do Estado democrático de direito. As garantias jurídicas, assim como a efetiva realização material das exigências éticas e políticas, públicas e privadas, especificadas e ampliadas no tempo como direitos econômicos, sociais e culturais, constituem a base para uma progressiva igualdade - com igual dignidade - entre todos os seres humanos. O Estado de direito não se restringe hoje, nem deve restringir-se jamais, a uma concepção de Estado que unicamente se defina e reconheça pela mera proteção das liberdades que tradicionalmente derivam da segurança jurídica. Entre outras razões, porque essa redução leva, de fato, à própria negação da supostamente pretendida universalidade de tais seguranças.

2 - O Judiciário tem, no controle da atividade administrativa, uma função fundamental, de dar plena e permanente vigência ao Estado democrático de direito, o que permite, por sua vez, que este se concretize como realidade e possa configurar-se como um “Estado jurisdicional de direito”, constituindo-se o controle judicial da administração pública não só um elemento ínsito ao Estado democrático de direito, mas, na realidade, um elemento de primeira ordem no Estado social de direito, porque é ínsito a esse modelo de Estado que um órgão independente possa tutelar os interesses e os direitos sociais fundamentais dos prejudicados pela atuação irregular ou insuficiente da administração pública, garantindo aos cidadãos/administrados uma série de prestações estatais devidas no marco da justiça social.

2.1 - É da natureza mesma da organização do Estado que sejam formuladas regras que concernem à sua própria estrutura (a estrutura do Estado), e também regras que concernem à regulação das relações entre o Estado e os cidadãos/administrados. Daí que não basta, ao Estado, a edição de normas, pelo Poder Legislativo, mas também gerir, administrar e formular, implantar e avaliar políticas públicas sociais que atendam efetivamente os desejos e as necessidades da cidadania, segundo essas normas previamente editadas. Além disso, pela função judicial, defende-se o corpo normativo em questão.

Estado de direito, pois, é aquele que se pauta pelo respeito aos direitos fundamentais, sejam eles civis, políticos ou sociais, e promove a expansão das liberdades e garantias públicas em todas as áreas, cumprindo com os deveres que lhe são atribuídos e adotando o império da lei na sua mais elevada fórmula, a supremacia da Constituição, além de concretizar e syndicar a sua mais harmoniosa aplicação.

2.2 - O controle judicial sobre a administração pública consubstancia, na atualidade, uma das principais características do Estado democrático (constitucional e social) de direito - e, talvez, o seu traço mais fundamental -, pois o controle efetivo sobre os atos da administração pública possibilita a vigência pragmática de outros predicados inerentes ao Estado de direito, como o império da lei - o princípio da legalidade, ou seja, a efetiva submissão da administração pública ao ordenamento jurídico, sobretudo à Constituição -, a separação de funções - ou divisão de responsabilidades -, etc., proporcionando um maior respeito às liberdades e aos direitos fundamentais dos cidadãos/administrados.

A existência de uma cláusula geral de revisão judicial da totalidade da função administrativa, de hierarquia constitucional, que institui uma proteção jurisdicional sem fissuras ou lacunas, constitui um notável e substancial avanço em favor da liberdade na luta permanente contra as imunidades - e arbitrariedades - do poder da administração pública. O Estado nasce da Constituição, com as características, atribuições e objetivos que esta fixa; o Estado está *dentro* da Constituição, de forma que esta não é produto daquele, mas, ao contrário, aquele é produto desta. Daí que a submissão de toda a organização estatal a um regime jurídico preestabelecido é, no sentido jurídico-formal, um dos principais elementos que tipificam o Estado de direito.

2.3 - Diferentemente do caráter geral e difuso dos controles extrainstitucionais (sociais), e ao contrário do controle político, subjetivo e voluntário, o controle judicial é objetivo e necessário; daí que a eventual limitação da atuação administrativa pelo Poder Judiciário não resulta de um choque de vontades, mas de uma norma abstrata, e o órgão de controle - o Judiciário - não é, na verdade, um órgão limitador, mas atualizador e garantidor de uma limitação previamente estabelecida pela Constituição, e, dessa forma, esse órgão de controle não se relaciona com o órgão limitado - a administração pública - verticalmente, hierarquicamente, a partir de uma posição de supremacia.

O Poder Judiciário não atua, em síntese, em uma posição de supremacia em relação à administração pública, tampouco limita, ele mesmo, por si só, o poder da administração pública; apenas cuida de assegurar que os limites previamente estabelecidos ao exercício do poder da administração sejam observados e resguardados. O Judiciário não limita, e sequer controla, nesse sentido, a administração pública - quem o faz é a própria lei; a Constituição, em última análise -, de forma que o Judiciário apenas zela pela regularidade das atividades da administração pública, com o objetivo de que essas se mantenham nos limites previamente delineados pela Constituição.

2.4 - O Poder Judiciário tem uma função fundamental, de dar plena e permanente vigência ao Estado democrático de direito. É no controle da atividade administrativa que o Judiciário mostra com maior força sua virtuosidade para manter e ampliar a própria definição do Estado democrático de direito, como conquista e como tendência - o Estado democrático de direito repousa sobre a pedra angular do controle judicial, o que permite, por sua vez, que aquele seja uma realidade e possa configurar-se como um “Estado jurisdicional de direito”.

Dessa forma, o controle judicial da administração pública não só é um elemento ínsito ao Estado democrático de direito, mas é, também, um elemento de primeira ordem no Estado social, esse Estado moderno que assume tarefas econômico-sociais irrenunciáveis, porque é ínsito a esse modelo de Estado que um órgão independente possa tutelar os interesses e os direitos sociais fundamentais dos prejudicados pela atuação irregular da administração pública, garantindo aos cidadãos/administrados uma série de prestações estatais devidas no marco da justiça social.

2.5 - Uma compreensão constitucionalmente adequada do chamado “ativismo judicial” no Estado democrático de direito procede, logicamente, das seguintes conclusões:

- a) os direitos sociais dependem, para a sua efetividade, da articulação entre o direito e a política, uma vez que é por meio de políticas públicas sociais emancipadoras - tarefa precípua da administração pública democrática - que é possível transformar as premissas e os valores da Constituição e dos tratados de direitos humanos em realidade;
- b) a formulação, a aplicação, a avaliação e o controle das políticas públicas sociais devem poder basear-se em procedimentos que garantam a formação discursiva da vontade pública;
- c) os atos normativos definidores de políticas públicas sociais e de sua aplicação prática devem observar os parâmetros traçados a partir dos compromissos assumidos pelo Estado nos tratados de direitos humanos ou, no mínimo, pelo seu direito constitucional, razão pela qual são suscetíveis de controle judicial;
- d) os direitos sociais fundamentais não são meras normas programáticas, mas direitos subjetivos que reclamam realização (concretização), suscetíveis, portanto, de serem exigidos e de serem judicialmente tutelados;
- e) as constituições democráticas contemporâneas estabelecem uma série de mecanismos para a garantia da efetividade dos direitos sociais no caso de omissão dos poderes públicos, sendo que, diante dessas omissões, compete ao Poder Judiciário garantir os direitos sociais no caso concreto.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, V. Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política. In: BIRGIN, H.; KOHEN, B. (Org.). Acceso a la justicia como garantía de igualdad: instituciones, actores y experiencias comparadas. Buenos Aires: Biblos, 2006.
- ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. El acceso a la información como derecho. In: DUHALDE, E. L. (Org.). Anuario de derecho a la información. Buenos Aires: Eudeba, 2000.
- ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Trotta, 2002.
- ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. Los derechos sociales en el debate democrático. Madrid: Bomarzo, 2006.
- AJA, E. (Org.). Las tensiones entre el tribunal constitucional y el legislador en la Europa actual. Barcelona: Ariel, 1998.
- ALEXY, R. Derechos fundamentales y estado constitucional democrático. In: CARBONELL, M. (Org.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Trotta, 2003.
- ALEXY, R. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- ALEXY, R. Theorie der Grundrechte. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.
- ALFONSO, L. P. Estado social y administración pública: los postulados constitucionales de la reforma administrativa. Madrid: Civitas, 1983.
- ALTHUSSER, L. Aparelhos ideológicos de estado. 7. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998.
- ALTHUSSER, L. Posiciones. Barcelona: Anagrama, 1977.
- ALVAREZ, L. G. D. Anatomía del intelectual reaccionario: Joseph de Maistre, Vilfredo Pareto y Carl Schmitt. Madrid: Biblioteca Nueva, 2007.
- ÁLVAREZ, S. Derechos humanos de las mujeres y relativismo cultural. In: CANTÓ, P; POSTIGO, E. (Org.). Autoras y protagonistas. Madrid: IUEM-Universidad Autónoma de Madrid, 2000.
- AMARAL, G. Direito, escassez e escolha. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ANDERSSON, J. Investment or cost? The role of the metaphor of productive social policies in welfare state formation in Europe and the US: 1850-2000. World Congress in Historical Sciences. Sydney: [s.n.], 2005.
- ANNAN, A. Administrative law in a global era: progress, deregulatory change, and the rise of the administrative presidency. Cornell Law Review, n. 73, Ithaca (NY), 1988.
- AÑÓN, M. J. Ciudadanía social: la lucha por los derechos sociales. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, n. 6, Valencia, 2002. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=306394>>. Acesso em: 30 nov. 2009.
- AÑÓN, M. J.; AÑÓN, J. G. (Org.). Lecciones de derechos sociales. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.

- ANSUATEGUI, F. J. Poder, ordenamiento jurídico y derechos. Madrid: Dykinson, 1997.
- APEL, K.-O. Hacia una macroética de la humanidad. México: UNAM, 1992.
- APEL, K.-O. The problem of philosophical foundations in light of a transcendental pragmatics of language. In: BAYNES, K.; BOHMAN, J.; MCCARTHY, T. (Org.). After philosophy: end or transformation? Cambridge: MIT, 1987.
- APEL, K.-O.; KETTNER, M. (Org.). Die eine Vernunft und die vielen Rationalitäten. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.
- ARAGÓN, M. El control como elemento inseparable del concepto de constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 19, Madrid, 1987.
- ARAGUREN, J. L. *Ética*. Madrid: Trotta, 1994.
- ARANGO, R. Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial. *El Otro Derecho*, n. 28, Bogotá, 2002.
- ARAÚJO, F. R.; VARGAS, L. A. MALLMANN, M. H.; FRAGA, R. C. Direito como signo - vinte anos. In: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (Org.). Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois. São Paulo: LTr, 2008.
- ARENDT, H. On revolution. New York: Hortsseiner, 1989.
- ARISTÓTELES. Obras completas. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- ARISTÓTELES. Política. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1951.
- ASSIER-ANDRIEU, L. O direito nas sociedades humanas. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ATIENZA, M. Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- AULO GELIO. Las noches áticas. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europea-América, 1959.
- AUSTIN ASIS. Quem é quem no mercado de saúde no Brasil. Pesquisa. 2010.
- ÁVILA, J. T. El mínimo vital en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Bogotá: Cinep-Diakonia, 2002.
- BACELLAR FILHO, R. F. Direito administrativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BACHOF, O.; WOLFF, H.; STOBBER, R. *Direito administrativo*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.
- BAKHTIN, M. Marxismo e filosofia da linguagem. 3.ed. São Paulo: Hucitec, 1988.
- BALDASARRE, A. La déclaration des droits sociaux. Paris: J. Vrin, 1946.
- BALDASARRE, A. Los derechos sociales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- BALIBAR, É. Les frontières de la démocratie. Paris: La Découverte, 1992.

BAPTISTA, T. W. F.; MACHADO, C. V.; LIMA, L. D. Responsabilidade do estado e direito à saúde no Brasil: um balanço da atuação dos poderes. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 14, n. 3, Rio de Janeiro, 2009.

BARATA, R.; CHIEFFI, A. L. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. *Cadernos de Saúde Pública*, n. 25, Rio de Janeiro, 2009.

BARCELLOS, A. P. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, A. P. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, n. 240, Rio de Janeiro, 2005.

BARRETO, V. P. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, I. W. (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, n. 2, São Paulo, 2007.

_____. Vinte anos da constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. In: MONTES-SO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (Org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.

BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, L. R. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARUKI, L. V. R.; BERTOLIN, P. T. M. Violência contra a mulher: a face mais perversa do patriarcado. In: ANCREUCCI, A. C. P.; BERTOLIN, P. T. M. (Org.). *Mulher, sociedade e direitos humanos*. São Paulo: Rideel, 2010.

BAUMAN, Z. *Modernidade e holocausto*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BAUMAN, Z. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BAYNES, K. *Democracy and the Rechtsstaat: Habermas's Faktizität und Geltung*. In: WHITE, S. K. (Org.). *The Cambridge companion to Habermas*. Cambridge: Cambridge University, 1995.

BAYÓN, J. C. Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. In: BAYÓN, J. C. et al. *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

BAYÓN, J. C. *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

BEARD, C. A. *An economic interpretation of the constitution of the United States*. Mineola: Dover, 2004.

- BECKER, A. A. Teoria geral do direito tributario. São Paulo: Saraiva, 1972.
- BERLIN, I. Dos conceptos de libertad. In: BERLIN, I. Cuatro ensayos sobre la libertad. Madrid: Alianza, 1998.
- BERTOMEU, M. J. et al. Republicanismo y democracia. Buenos Aires: Miño y Dávila, 2005.
- BICKEL, A. The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics. New York: Yale University, 1986.
- BIELEFELDT, H. Menschenrechte - universaler Normkonsens oder eurozentrischer Kulturimperialismus? In: BROCKER, M.; NAU, H. (Org.). Ethnozentrismus. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1997.
- BIGOLIN, G. A reserva do possível como limite à eficácia dos direitos sociais. Revista de Doutrina da Quarta Região, s.n., Porto Alegre, 2006. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/Constitucional/giovani-bigolin.htm>>. Acesso em: 22 abr. 2006.
- BOBBIO, N. Derecha e izquierda: razones y significados de una distinción política. Madrid: Taurus, 1995a.
- BOBBIO, N. Il futuro della democrazia. Torino: Einaudi, 1995b.
- BOBBIO, N. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995c.
- BOBBIO, N. Teoria do ordenamento jurídico. 5.ed. Brasília: UnB, 1994.
- BÖCKENFÖRDE, E.-W. Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1976.
- BÖCKENFÖRDE, E.-W. Demokratie als Verfassungsprinzip. In: ISENSEE, J.; KIRCHHOF, P. (Org.). Handbuch des Staatsrechts. v. 1. Heidelberg: C. F. Müller, 1987.
- BÖCKENFÖRDE, E.-W. Recht, Freiheit, Staat: Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.
- BODIN, J. Los seis libros de la república. Caracas: Instituto de Estudios Políticos, 1966.
- BONAVIDES, P. A globalização e a soberania: aspectos constitucionais. In: FIOCCA, D.; GRAU, E.R. (Org.). Debate sobre a Constituição de 1988. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- BONAVIDES, P. Constituinte e constituição: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BONAVIDES, P. Do estado liberal ao estado social. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BOROWSKI, M. La estructura de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- BOURDIEU, P. Cuestiones de sociología. Madrid: Istmo, 2000.
- BOURDIEU, P. Langage et puoiv symbolique. Paris: Seuil, 2001.
- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Comentários aos princípios de Bangalore de conduta judicial. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Sinopse do censo demográfico 2010. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2011.

BRASIL. Ministério da Saúde. OPAS/OMS. Avaliação da assistência farmacêutica no Brasil: estrutura, processo e resultados. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. I relatório brasileiro sobre o cumprimento do pacto internacional de direitos econômicos, sociais e culturais. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2001.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. II relatório brasileiro sobre o cumprimento do pacto internacional de direitos econômicos, sociais e culturais. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2006.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. Consideração dos relatórios submetidos por países membros conforme artigos 16 e 17 do pacto. Observações finais do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2009.

BRAVO, M. I. S.; CORREIA, M. V. C. Desafios do controle social na atualidade. Serv. Soc. Soc., n. 109, São Paulo, 2012.

BRESSER-PEREIRA, L.C; GRAU, N. C. Entre o estado e o mercado: o público não-estatal. In: BRESSER-PEREIRA, L.C; GRAU, N. C. (Org). O público não-estatal na reforma do estado. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

BRITO, C. A. Poder constituinte versus poder reformador. In: MAUÉS, A. Constituição e democracia. São Paulo: Max Limonad, 2001.

BROLIANI, J. N. O controle judicial nas omissões no planejamento financeiro. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, n. 21, Belo Horizonte, 2005.

BROWN, W.; WILLIAMS, P. La crítica de los derechos. Bogotá: Universidad de Los Andes, 2003.

BUCCI, M. P. D. Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos. In: BUCCI, M. P. D. et al. Direitos humanos e políticas públicas. São Paulo: Pólis, 2001.

BROWN, W.; WILLIAMS, P. Direito administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2002.

BROWN, W.; WILLIAMS, P. Políticas públicas e direito administrativo. Revista de Informação Legislativa, n. 133, Brasília, jan./mar. 1997.

CALAMANDREI, P. La illegittimitá costituzionale delle leggi nel processo civile. Padova: Cedam, 1950.

CALLINICOS, A. Igualdad. Madrid: Siglo XXI, 2003.

CAMPERO, G. Trabajo y ciudadanía. In: CALDERÓN, F. (Org.). Ciudadanía y desarrollo humano. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007.

CANOTILHO, J. J. G. Direito constitucional e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

- CANOTILHO, J. J. G. Metodología “Fuzzy” y “camaleones normativos” en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. *Derechos y Libertades*, n. 6, Madrid, 1998.
- CANOTILHO, J. J. G. ¿Revisar/la o romper con la constitución dirigente? *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 43, Madrid, 1995.
- CAPLAN, L. Direitos sociais da constituição cidadã e as armadilhas ideológicas que levam à sua inefetividade: uma leitura a partir da teoria crítica. In: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (Org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.
- CARA, J. C. G. Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- CARBONELL, M.; PARCERO, J. A. C.; VÁZQUEZ, R. (Org.). *Derechos sociales y derechos de las minorías*. 2. ed. México: Porrúa-UNAM, 2001.
- CARÍAS, A. B. *Política, estado y administración pública*. Caracas: Ateneo, 1979.
- CARNOY, M. *Estado e teoria política*. 11.ed. Campinas: Papyrus, 2005.
- CARTER, I. *La libertà eguale*. Milano: Feltrinelli, 2005.
- CARVALHO, P. B. *Direito tributário, linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.
- CASTEL, R. *Les métamorphoses de la question sociale: une chronique du salariat*. Paris: Fayard, 1995.
- CASTRO, J. L. C. *La tutela constitucional de los derechos sociales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- CASTRO, M. F. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 34, São Paulo, 1996.
- CAVALCANTE, P. M. R. A compreensão político-jurídica atual da função jurisdicional: a omissão legislativa e os direitos sociais em aberto - do juiz burocrata ao juiz concretizador. A mediação judicativa-decisória dos princípios jurídicos. In: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (Org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.
- CERQUEIRA, M. Várias são as formas de luta. A defesa da Constituição é uma delas. In: FIOCCA, D.; GRAU, E.R. (Org.). *Debata sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- CHEVALLIER, J. *Institutions publiques*. Paris: L.G.D.J, 1996.
- CHURCHILL, W. *Churchill: his complete speeches, 1897-1963*. London: Chelsea, 1974.
- COHEN, G. The currency of egalitarian justice. *Ethics*, n. 99, Chicago, 1989.
- COMA, M. Los principios del estado de derecho y su aplicación a la administración en la constitución. *Revista de Administración Pública*, n. 87, Madrid, 1978.
- COMPARATO, F. K. Réquiem para uma Constituição. In: FIOCCA, D.; GRAU, E.R. (Org.). *Debata sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Pesquisa CNI-IBOPE: avaliação do governo. Brasília: CNI, 2012.

CORREIA, M. V. C. *Desafios para o controle social: subsídios para capacitação de conselheiros de saúde*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005.

COSTA, F. D. C. A função realizadora do poder judiciário e as políticas públicas no Brasil. In: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (Org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.

COURTIS, C. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COURTIS, C. (Org.). *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: CELS, 2006.

CRAVEN, M. *The international covenant on economic, social and cultural rights: a perspective on its development*. Oxford: Clarendon, 1995.

CRUZ, A. R. S. Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no estado democrático de direito. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DALLARI, D. A. Os direitos fundamentais na Constituição brasileira. In: FIOCCA, D.; GRAU, E. R. (Org.). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

DALY, M. *Acesso aos direitos sociais na Europa: relatório do Conselho da Europa*. Lisboa: Ministério da Segurança Social e do Trabalho, 2003.

DEAN, H. The juridification of welfare: strategies of discipline and resistance. In: KJØNSTAD, A.; WILSON, J. V. (Org.). *Law, power and poverty*. Bergen: CROP, 1997.

DELFINO, D. M. A Rússia antes da revolução. *História Viva - Grandes Temas*, n. 18, São Paulo, 2007.

DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DI PIETRO, M. S. Z. Discricionariiedade técnica e discricionariiedade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 9, Salvador, 2007.

DI PIETRO, M. S. Z. Participação popular na administração pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 1, São Paulo, 1993.

DIAS, E. F. Hegemonia: racionalidade que se faz história. In: DIAS, E. F. et al (Org.). *O outro Gramsci*. São Paulo: Xamã, 1996.

DÍAZ, A. O. Castillar la disidencia: el movimiento de ocupación en el ordenamiento jurídico. *Jueces para la democracia*, n. 54, Madrid, 2005.

DÍAZ, E. *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2004.

DÍAZ, E. *De la maldad estatal y la soberanía popular*. Madrid: Debate, 1984.

- DÍAZ, E. Estado, justicia, derechos. Madrid: Alianza, 2002.
- DÍAZ, E. Estado de derecho y sociedad democrática. Madrid: Cuadernos para el Diálogo, 1975.
- DÍAZ, E. Sociología y filosofía del derecho. Madrid: Taurus, 1971.
- DICEY, A. V. Introduction to the study of the law of the constitution. 8.ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1982.
- DIMENSTEIN, G. Democracia em pedaços: direitos humanos no Brasil. São Paulo: Schwarcz, 2006.
- DRAIBE, S. Qualidade de vida e reformas de programas sociais: o Brasil no cenário latino-americano. Lua Nova, n. 31, São Paulo, 1993.
- DRIVER, S. S. A declaração de independência dos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.
- DROMI, J. R. *Constitución, gobierno y control*. Mendoza: Ciudad Argentina, 1983.
- DROMI, J. R. *Introducción al derecho administrativo*. Madrid: Grouz, 1986.
- DUGUIT, L. Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État. Paris: F. Alcan, 1922.
- DUVERGER, M. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. Paris: Presses Universitaire France, 1976.
- DWORKIN, R. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- DWORKIN, R. Is democracy possible here? (principles for a new political debate). Princeton: Princeton University, 2006.
- EDELSTEIN, W.; NUNNER-WINKLER, G. (Org.). *Moral in Kontext*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.
- EIDE, A. et al (Org.). *Economic, social and cultural rights*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1995.
- ENTERRÍA, E. G. La Constitución como norma y el tribunal constitucional. 3. ed. Madrid: Civitas, 1991.
- ENTERRÍA, E. G. *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- ENTERRÍA, E. G. La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo. 3.ed. Madrid: Civitas, 1983.
- ENTERRÍA, E. G.; FERNÁNDEZ, T. R. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: RT, 1990.
- ESPING-ANDERSEN, G. The three worlds of welfare capitalism. Princeton: Princeton University, 1998.
- FABRE, C. Social rights under the constitution. Oxford: Clarendon, 2000.
- FAGUNDES, M. S. O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

- FAVELA, J. O. (Org.). Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupos. México: UNAM, 2004.
- FERNÁNDEZ, E. G.; SOTOMAYOR, C. A. Democracia y presupuestos participativos. Barcelona: Icaria, 2003.
- FERNÁNDEZ, T. R. Juzgar a la administración contribuye también a administrar mejor. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 76, Madrid, 1992.
- FERRAJOLI, L. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995.
- FERRAJOLI, L. Derechos fundamentales. In: _____. Derechos y garantías: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999.
- FERRAJOLI, L. Diritto e ragione. Roma: Laterza, 1990.
- FERRAJOLI, L. Garantismo: una discusión sobre democracia y derecho. Madrid: Trotta, 2006a.
- FERRAJOLI, L. Sobre los derechos fundamentales y sus garantías. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2006b.
- FERRAJOLI, L. et al. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2001.
- FERRAZ JUNIOR, T. S. Direito constitucional. São Paulo: Manole, 2007.
- FERREIRA FILHO, M. G. Aspectos do direito constitucional contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FIGUEIREDO, L. V. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 1994.
- FIOCCA, D.; GRAU, E.R. (Org.). Debate sobre a Constituição de 1988. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- FISS, O. Grupos y cláusula de igual protección. In: GARGARELLA, R. (Org.). Derecho y grupos desaventajados. Barcelona: Gedisa, 1999.
- FISS, O. The law and it could be. New York: New York University, 2003.
- FLORES, J. H. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. In: FLORES, J. H. El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.
- FONTANA, J. Historia: análisis del pasado y proyecto social. Barcelona: Crítica, 1982.
- FONTES, P. G. O controle da administração pelo ministério público. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- FORMOSA, P. All politics must bend its knee before right: Kant on the relation of morals to politics. *Social Theory and Practice*, s.n., Charlottesville, 2008. Disponível em: <http://findarticles.com/p/articles/mi_hb6395/is_2_34/ai_n31505767/?tag=content;col1>. Acesso em: 23 set. 2011.
- FRAGA, R. C.; VARGAS, L. A. Greve de servidores públicos: o direito de greve dos servidores públicos após a decisão do Supremo Tribunal Federal. In: THOME, C. F.; SCHWARZ, R. G. (Org.). *Direito coletivo do trabalho: curso de revisão e atualização*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

- FRAGALE FILHO, R. Nem a lei liberta: a constituição de 1988 e os direitos sociais vinte anos depois. In: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (Org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.
- FRANÇA, P. G. Fundamentos constitucionais do controle da regulamentação econômica. Dissertação (Mestrado em Direito)—Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre 2007.
- FRANCO, A. Pobreza & desenvolvimento local. Brasília: AED, 2002.
- FRASER, N. *Justice Interruptus. Critical reflections on the “postsocialist” condition*. New York: Routledge, 1997.
- FREIRE, A. M. P. *La garantía en el estado constitucional*. Madrid: Trotta, 1997.
- FREITAS JÚNIOR, A. R.; ZAPPAROLLI, C. R. *Mediação de conflitos e promoção da cultura da paz*. São Paulo: [s.n.], 2007.
- FREITAS, J. A melhor interpretação constitucional versus a única resposta correta. In: BASTOS JUNIOR, L. M.; LEITE, R. B.; LOIS, C. C. (Org.). *A constituição como espelho da realidade*. São Paulo: LTr, 2007.
- FREITAS, J. Controle dos atos vinculados e discricionários à luz dos princípios fundamentais. In: GERMANO, L. P. R.; GIORGIS, J. C. T. (Org.). *Lições de direito administrativo: estudos em homenagem a Octavio Germano*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- FREITAS, J. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FRISCHEISEN, L. C. F. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o ministério público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- FULLER, L. *The morality of law*. London-New Haven: Yale University, 1964.
- GALLARDO, H. *Política y transformación social: discusión sobre derechos humanos*. Quito: SERPAJ/Tierra Nueva, 2000.
- GANDINI, J. A. D.; BARIONE, S. F.; SOUZA, A. E. A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial - critérios e experiências. In: SCHWARZ, R. G. (Org.). *Direito administrativo contemporâneo. Administração pública, justiça e cidadania: garantias fundamentais e direitos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- GARGARELLA, R. *El derecho a la protesta: el primer derecho*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2005.
- GASCÓN, M. *Los hechos en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1999.
- GAZOLA, P. M. *Concretização do direito à moradia digna: teoria e prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- GENRO, T. Constituição social e direitos efetivos. In: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (Org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.

- GENRO, T.; SOUZA, U. El presupuesto participativo: la experiencia de Porto Alegre. Buenos Aires: EUDEBA-IEFCTA, 1998.
- GERMANO, L. P. R.; GIORGIS, J. C. T. (Org.). Lições de direito administrativo: estudos em homenagem a Octavio Germano. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- GIDDENS, A. Sociology. Oxford: Polity, 1990.
- GODOI, M. S. Tributo e solidariedade social. In: GRECO, M. A.; GODOI, M. S. (Org.). Solidariedade social e tributação. São Paulo: Dialética, 2005.
- GOMES, J. B. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. In: SANTOS, R. E.; LOBATO, F. (Org.). Ações afirmativas. Políticas públicas contra as desigualdades raciais. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.
- GORDILLO, A. Tratado de derecho administrativo. Buenos Aires: Macchi, 1977.
- GORTER, H. Het imperialisme, de wereldoorlog en de sociaal-democratie. Amsterdam: Brochurehandel Sociaal-Democratische Partij, 1914.
- GOUVÊA, M. M. O controle judicial das admissões administrativas: novas perspectivas de implementação de direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GRAHAM, M. A.; VEGA, J. C. (Org.). Jerarquía constitucional de los tratados internacionales. Buenos Aires: Astrea, 1996.
- GRAJEW, O. Responsabilidade social empresarial. In: PINSKY, J. (Org.). Práticas de cidadania. São Paulo: Contexto, 2004.
- GRAMSCI, A. Antonio. Cadernos do cárcere. Vol. III. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.
- GRASELLI, O. Efetividade judicial de direitos sociais. In: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (Org.). Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois. São Paulo: LTr, 2008.
- GRAU, A. B. Derecho del trabajo: un modelo para armar. Madrid: Trotta, 1991.
- GRAU, A. B. Sindicalismo y derecho sindical. Madrid: Bomarzo, 2004.
- GRAU, E. R. As relações entre os poderes no décimo aniversário da Constituição de 1988. In: FIOCCA, D.; GRAU, E.R. (Org.). Debate sobre a Constituição de 1988. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- GRAU, E. R.; BELLUZZO, L. G. M. Direito e mídia, no Brasil. In: FIOCCA, D.; GRAU, E.R. (Org.). Debate sobre a Constituição de 1988. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- GRECO, M. A. Solidariedade social e tributação. In: GRECO, M. A.; GODOI, M. S. (Org.). Solidariedade social e tributação. São Paulo: Dialética, 2005.
- GROETHUYSEN, B. *Philosophie de la révolution française*. Paris: Gallimard, 1956.
- GROTTI, D. A. M. A arbitragem e a administração pública. In: GUILHERME, L. F. V. (Org.). *Novos rumos da arbitragem no Brasil*. São Paulo: Fiuza, 2004.

- GUARESCHI, N. et al. Problematizando as práticas psicológicas no modo de entender a violência. In: STREY, M. N.; AZAMBUJA, M. P.; JAEGER, F. P. Violência, gênero e políticas públicas. Porto Alegre, Edipucrs, 2004.
- GUARNIERI, C. Magistratura e política: il caso italiano. *Rivista Italiana di Scienza Politica*, n. 1, Siena, 1991.
- GUASTINI, R. Teoria e dogmatica delle fonti. In: GUASTINI, R. *Trattato de diritto civile e commerciale*. Milano: Dott A. Giuffrè, 1998.
- GURVITCH, G. *L'idée du droit social*. Paris: Sirey, 1932.
- GUSTIN, M. B.; DIAS, M. T. (Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- GUTIÉRREZ, I. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- HÄBERLE, P. *Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1997.
- HÄBERLE, P. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003.
- HABERMAS, J. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.
- HABERMAS, J. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.
- HABERMAS, J. *Erkenntnis und Interesse*. Frankfurt am Main: Verlag, 1973.
- HABERMAS, J. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 4.ed. Madrid: Trotta, 2005.
- HABERMAS, J. *Faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.
- HABERMAS, J. *La desobediencia civil, piedra de toque del estado democrático de derecho*. Barcelona: Península, 1994.
- HABERMAS, J. *Moralitat und Sittlichkeit. Treffen Hegels Einwände gegen Kant auch auf die Diskursethik zu?* In: KUHLMANN, W. (Org.). *Moralitat und Sittlichkeit: Das Problem Hegels und die Diskursethik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986a.
- HABERMAS, J. *Problemas de legitimación del capitalismo tardío*. Buenos Aires: Amorrortu, 1986b.
- HABERMAS, J. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2004.
- HALLOWELL, J. H. *The decline of liberalism as an ideology. With particular reference to german politico-legal thought*. London: Kegan Paul, Trench, Trubner, 1946.
- HARRINGTON, J. *The commonwealth of Oceana and a system of politics*. Cambridge: J. G. A. Pocock, 1992.
- HART, H. M.; SACKS, A. M. *The legal process: basic problems in the making and application of law*. New York: Foundation, 1994.

- HART, H. The concept of law. Oxford: Clarendon, 1961.
- HELD, D. Modelos de democracia. Madrid: Alianza, 1993.
- HELLER, H. Teoría del estado. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2010.
- HERRING, R. The federalist papers by Alexander Hamilton, John Jay and James Madison. New York: s.n., 2005. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=fteKxyvsVFoC&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: 22 set. 2011.
- HESSE, K. A força normativa da constituição. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- HESSE, K. Grundzüge des Verfassungsrechts Bundesrepublik Deutschland. 20.ed. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1995.
- HESSE, K. Temas fundamentais do direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HIERRO, L. Estado de derecho. Problemas actuales. México: Fontamara, 1998.
- HIERRO, L. ¿Qué derechos tenemos? Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 23, Madrid, 2000.
- HOBBS, T. Leviatán. Madrid: Nacional, 1979.
- HÖFLING, E. M. Estado e políticas (públicas) sociais. Cadernos Cedes, n. 55, Campinas, 2001.
- HOFMANN, H. Recht-Politik-Verfassung. Frankfurt am Main: A. M. Verlag, 1986.
- HOFMANN, R. et al. (Org.). Armut und Verfassung. Sozialstaatlichkeit im europäischen Vergleich. Wien: Verlag Österreich, 1998.
- HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. The cost of rights: why liberty depends on taxes. New York: Norton, 1999.
- IBÁÑEZ, P. A. Corrupción y Estado de derecho. Madrid: Trotta, 1996.
- JELLINEK, G. Allgemeine Staatslehre. Berlin: Springer, 1921.
- JELLINEK, G. Sistema dei diritti pubblici subiettivi. Milano: Giuffrè, 1912.
- JONES, D. Code of peace: ethics and security in the world of the warlord states. Chicago: University of Chicago, 1989.
- KANT, I. Fundamentação da metafísica dos costumes. In: KANT, I. Crítica da razão pura e outros textos. São Paulo: Abril Cultural, 1974.
- KELSEN, H. Esencia y valor de la democracia. Madrid: Punto Omega, 1977.
- KELSEN, H. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KELSEN, H. Teoria pura do direito. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KEYNES, J. M. The end of laissez-faire. Amherst (N. Y.): Prometheus, 2004.

- KEYNES, J. M. *The general theory of employment, interest and money*. London/New York: Macmillan-St. Martin's, 1936.
- KING, J. *The pervasiveness of polycentricity*. Public Law, s.n., London, 2008.
- KLIKSBERG, B. *O desafio da exclusão: para uma gestão social eficiente*. São Paulo: FUNDAP, 1997.
- KLUXEN, W. *Abstrakte Vernunft und konkrete Geschichte*. In: BROCKER, M.; NAU, H. (Org.). *Ethnozentrismus*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1997.
- KRAUSE, C. *The right to property*. In: EDIE, A. et al. (Org.). *Economic, social and cultural rights*. Den Haag: Kluwer Law International, 2003.
- KRELL, A. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- KROESCHELL, K. *Deutsche Rechtsgeschichte*. Hamburg: Westdeutscher Verlag, 2008.
- LANGFORD, M. *Judging resource availability*. In: SQUIRES, J.; LANGFORD, M. *The road to a remedy: current issues in the litigation of economic, social and cultural rights*. Sydney: UNSW, 2005.
- LANGFORD, M. *Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise socio-jurídica*. Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos, v. 6, n. 11, São Paulo, 2009.
- LAPORTA, F. *Imperio de la ley y seguridad jurídica*. In: DÍAZ, E.; COLOMER, J. L. (Org.). *Estado, justicia, derechos*. Madrid: Alianza, 2002.
- LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983.
- LASALLE, F. *Théorie systematique des droits acquis*. Paris: Giard & Brière, 1904.
- LASKI, H. *Studies in law and politics*. New Haven: Yale University, 1932.
- LEAL, R. G. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- LECHNER, N. *La democratización en el contexto de una cultura postmoderna*. Santiago: FLACSO, 1986.
- LEDFORD, K. F. *Formalizing the rule of law in Prussia: the Supreme Administrative Law Court, 1876-1914*. Cambridge: Cambridge University, 2004.
- LOCKE, J. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Madrid: Alianza, 1990.
- LOYOLA, M. A. *Medicamentos e saúde pública em tempos de Aids: metamorfoses de uma política dependente*. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 13, Rio de Janeiro, 2008.
- LÓPEZ, M. C. P. *Derecho del trabajo e ideología: medio siglo de formación ideológica del derecho de trabajo en España (1873-1923)*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 2002.
- LÓPEZ GUERRA, L. *La garantía de la constitución*. In: PECES-BARBA, G.; RAMIRO, M. A. (Org.). *La Constitución a examen: un estudio académico 25 años después*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- LUÑO, A. P. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 6.ed. Madrid: Tecnos, 1999.

- LUÑO, A. P. Seguridad jurídica. In: VALDÉS, E. G.; LAPORTA, F. (Org.). El derecho y la justicia. Enciclopedia iberoamericana de filosofía. v. 11. Madrid: Trotta, 1996.
- MACCORMICK, N. Orden espontáneo e imperio de la ley: algunos problemas. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 6, Madrid, 1989.
- MACHIAVELLI, N. Il príncipe. Milano: Fabbri, 1997.
- MAFFINI, R. C. Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança): em torno da súmula vinculante n.º 3 do Supremo Tribunal Federal. In: SCHWARZ, R. G. (Org.). Direito administrativo contemporâneo. Administração pública, justiça e cidadania: garantias fundamentais e direitos sociais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- MALBERG, C. Contribution à la théorie générale de l'État. Paris: Sirey, 1922.
- MANDROU, R. De la culture populaire aux XVIIe et XVIIIe siècles. Paris: Stock, 1964.
- MANNORI, L.; SORDI, B. Science of administration and administrative law. In: BECCHI, P. et al. (Org.). A history of philosophy of law in the civil law world, 1600-1900. London-New York: Springer, 2009.
- MARGALIT, A. Politik der Würde: über Achtung und Verachtung. Berlin: Fischer, 1997.
- MARÍN, A. O. Estado social y crisis económica. Madrid: Complutense, 1996.
- MARQUES, S. B.; DALLARI, S. G. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. Revista de Saúde Pública, v. 41, n. 1, São Paulo, 2007.
- MARSHALL, T. H. Americans no more: the death of citizenship. Boston: Harvard University, 2002.
- MARSHALL, T. H. Citizenship and social class, and other essays. Cambridge: Cambridge University, 1992.
- MARSHALL, T. H.; BOTTOMORE, T. Ciudadanía y clase social. Madrid: Alianza, 1998.
- MARTÍN, C. C. La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho. Madrid: Trotta, 2003.
- MARTÍN, C. C. Sobre el concepto de ley. Madrid: Trotta, 2002.
- MARTÍN, C. C. Teoría constitucional de la solidaridad. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- MARTÍN, C.; RODRÍGUEZ, D.; GUEVARA, J. Derecho internacional de los derechos humanos. México: Fontamara, 2004.
- MARTÍN-BARBERO, J. De los medios a las mediaciones. Barcelona: Gustavo Gili, 1987.
- MARTÍNEZ, G. P.-B. Curso de derechos fundamentales: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995.
- MARTÍNEZ, G. P.-B. Escritos sobre derechos fundamentales. Madrid: Eudema, 1988.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

MARX, K. *La guerre civile en France*. Paris: Sociales, 1972.

MATTEUCCI, N. *Organizzazione del potere e libertà*. Torino: Utet, 1976.

MATURANA, H.; VARELA, F. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MAXWELL, M. *Morality among nations: an evolutionary view*. Albany: University of New York, 1990.

MEINECKE, F. *Machiavelism: the doctrine of raison d'état and its place in modern history*. London: Routledge and Kegan Paul, 1957.

MELLO, C. A. B. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010a.

MELLO, C. A. B. Control jurisdiccional de los actos administrativos. *Revista de Administración Pública*, n. 110, Madrid, 1986.

MELLO, C. A. B. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, C. A. B. *Discricionariedade e controle jurisdiccional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010b.

MELLO, C. A. B. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009a.

MELLO, C. A. B. *Funerais da Constituição de 1988*. In: FIOCCA, D.; GRAU, E.R. (Org.). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

MELLO, C. A. B. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009b.

MELLO, O. A. B. *Princípios gerais de direito administrativo*. Vol. I. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDONÇA, E. *Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário das políticas públicas*. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MENÉNDEZ, I. V. *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

MENGER, A. *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*. Tübingen: Laupp, 1890.

MENGER, A. *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung*. Stuttgart-Berlin: Cotta, 1886.

MESSÉDER, A. M.; OSORIO-DE-CASTRO, C. G. S.; LUIZA, V. L. *Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do estado do Rio de Janeiro*. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 21, n. 2, Rio de Janeiro, 2005.

MÉSZÁROS, I. *A educação para além do capital*. São Paulo: Boitempo, 2005.

MIGNOLO, W. *Histórias locais, projetos globais: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar*. Belo Horizonte, UFMG, 2003.

- MIGUEL, A. R. Concepciones de la igualdad y justicia distributiva. In: DÍAZ, E.; COLOMER, J. L. (Org.). Estado, justicia, derechos. Madrid: Alianza, 2002.
- MILLER, J. C. Origins of the american revolution. Boston: Little, Brown and Company, 1943.
- MIRAVET, P. El ingreso ciudadano. In: ABRAMOVICH, V.; AÑON, M. J.; COURTIS, C. (Org.). Derechos sociales: instrucciones de uso. México: Fontamara, 2003.
- MISRHA, R. The welfare state in crisis: social thought and social change. Brighton: Hervaster, 1984.
- MOHL, R. Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates. Tübingen: Adamant, 2005.
- MONTESQUIEU, C. Oeuvres complètes. Paris: Gallimard, 1951.
- MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (Org.). Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois. São Paulo: LTr, 2008.
- MORAES, M. C. B. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, I. W. (Org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- MORAES, M. C. B. O princípio da solidariedade. In: MATOS, A. C. H. A construção dos novos direitos. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.
- MORALES, J. R. La globalización como proceso de universalización de un modelo económico. Cuaderno de Materiales, s.n., Madrid, 2001. Disponível em: <<http://www.geocities.com/CapitolHill/3103/Globalizacion.htm>>. Acesso em: 30 nov. 2008.
- MORESO, J. J. Sobre el alcance del precompromiso. Discusiones, n. 1, Bahía Blanca, 2000.
- NACIONES UNIDAS. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Observación general n. 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el derecho a una vivienda adecuada. 2001. Disponível em: <http://www.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs25_sp.htm>. Acesso em: 10 out. 2007.
- NAVARRO, E. La reflexión sociológica sobre la legitimidad. In: DÍAZ, E.; COLOMER, J. L. (Org.). Estado, justicia, derechos. Madrid: Alianza, 2002.
- NEVES, A. C. Questão-de-fato-questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade. Coimbra: Almedina, 1967.
- NINO, C. S. Ética y derechos humanos. Barcelona: Ariel, 1984.
- O'CONNOR, J. A crise do Estado capitalista. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.
- O'DONELL, G. Teoría democrática y política comparada. Desarrollo Económico, Revista de Ciencias Sociales, n. 39, Buenos Aires, 2000.
- OLIVEIRA, M. V. Previdência social. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.
- ORTEGA, M. S. Sentido y límites de la discrecionalidad judicial. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2006.
- ORTIZ, E. O. La vía de hecho y la jurisdicción contencioso-administrativa. San José: LIL, 1993.

- ORTIZ, E. O. *Workers' councils*. Oakland: AK, 2003.
- PANNEKOEK, A. *Critica del bolchevismo*. Barcelona: Anagrama, 1976.
- PAPACCHINI, A. *Filosofía y derechos humanos*. Cali: Universidad del Valle, 2005.
- PARETO, V. *Trattato di sociologia generale*. Torino: UTET, 1988.
- PARIENTE, A. *La separation des pouvoirs : theorie contestee et pratique renouvelee*. Paris : Dalloz, 2006.
- PASTOR, J. A. S. *Principios de derecho administrativo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.
- PECES-BARBA, G. La cultura jurídico-política de la constitución de 1978. In: PECES-BARBA, G.; RAMIRO, M. A. (Org.). *La Constitución a examen: un estudio académico 25 años después*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- PECES-BARBA, G. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2005.
- PEREIRA, F. H. U.; DIAS, M. T. F. *Cidadania e inclusão social*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- PÉREZ, J. G. *Administración pública y libertad*. México: UNAM, 1971.
- PÉREZ, J. G. Nuevos sistemas de control de la administración pública. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 22, Madrid, 1979.
- PICÓ, J. *Teorías sobre el estado del bienestar*. 2. ed. Madrid: Siglo XXI, 1990.
- PIOVESAN, F. Direitos humanos e a jurisdição constitucional internacional. In: GOMES, E. B.; REIS, T. H. (Org.). *O direito constitucional internacional após a Emenda 45/04 e os direitos fundamentais*. São Paulo: Lex, 2007.
- PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PIOVESAN, F. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- PIRES, L. M. F. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- PIRES, V.; TIBALI, L. R.; SOUZA, M. C. *Transparência orçamentária municipal via web (TOM Web) após a Lei Complementar 131/09: os casos da região administrativa central do estado de São Paulo*. Anais do Encontro de Administração Pública e Governança da ANPAD. Vitória: ANPAD, 2010.
- PISARELLO, G. El estado social como estado constitucional: mejores garantías, más democracia. In: ABRAMOVICH, V.; AÑÓN, M. J.; COURTIS, C. (Org.). *Derechos sociales: instrucciones de uso*. México: Fontamara, 2003.
- PISARELLO, G. Las afinidades constitucionales de Habermas. *Jueces para la Democracia*, n. 39, Madrid, 2000.
- PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Trotta, 2007.

- PLATÃO. Platón: obras completas. Madrid: Medina y Navarro, 1872.
- POLANYI, C. La gran transformación: crítica del liberalismo económico. Madrid: La Piqueta, 1998.
- PORTILLA, K. P. Principio de igualdad: alcance y perspectivas. México: UNAM-Conapred, 2005.
- POSNER, R. A. A economia da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- PRIETO, H. V. La estrategia del diálogo social: de la concentración al reparto del poder decisorio en las relaciones laborales. San José: Oficina Internacional del Trabajo, 2002.
- PRIETO, L. Justicia constitucional y derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2003.
- PRIETO, L. La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades. Derechos y Libertades, n. 8, Madrid, 2000.
- PRZEWORSKI, A. Capitalismo e social-democracia. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- PULIDO, C. B. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003.
- PULIDO, C. B. Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria. Discusiones, n. 4, Bahía Blanca, 2004.
- RAMOS, E. S. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RAMOS, J. La teoría dualista de los derechos fundamentales. Tepic: Lorem Ipsum, 2006.
- RANGEL, J. A. T. El Derecho como arma de liberación en América Latina. San Luis Potosí: Facultad de Derecho de San Luis Potosí, 2006.
- RAWLS, J. A theory of justice. Oxford: Oxford University, 1980.
- RAWLS, J. Political liberalism. New York: Columbia University, 1993.
- RAZ, J. *The authority of law: essays on law and morality*. New York: Clarendon, 1979.
- REBOLLO, L. M. La justicia administrativa ante el texto constitucional. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 19, Madrid, 1978.
- REIS, J. R. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nas relações interprivadas: breves considerações. In: LEAL, R. G; REIS, J. R. (Org.). Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005.
- RESTA, E. Il diritto fraterno. 3. ed. Roma: Laterza, 2005.
- REVORIO, F. J. D. La constitución como orden abierto. Madrid: McGraw-Hill, 1997.
- RIOS, R. R. Respostas jurídicas frente à epidemia de HIV/Aids no Brasil. CEBES, n. 27, Rio de Janeiro, 2003.
- RITTER, G. A. Storia dello stato sociale. 2.ed. Roma: Laterza, 1999.

RIVERO, J. Les libertés publiques. Paris: PUF, 1973.

ROCHA, C. L. A. Constituição e ordem econômica. In: FIOCCA, D.; GRAU, E.R. (Org.). Debate sobre a Constituição de 1988. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

ROCHA, S. L. F. Breves considerações sobre a intervenção do Estado no domínio econômico e a distinção entre atividade econômica e serviço público. In: SPARAPANI, P.; ADRI, R. P. (Org.). Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social: homenagem ao professor Celso Antonio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ROCHA, S. L. F. Terceiro setor. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

RODRÍGUEZ, J. F. La inconstitucionalidad por omisión. Madrid: Civitas, 1998.

ROIG, M. J. A. Elementos para una teoría de los derechos sociales en construcción. In: SCHWARZ, R. G. (Org.). Direito administrativo contemporâneo. Administração pública, justiça e cidadania: garantias fundamentais e direitos sociais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

ROMAN, D. Le droit public face à la pauvreté. Paris: LGDJ, 2002.

ROQUE, S. J. História do direito. São Paulo: Ícone, 2007.

ROSS, A. Direito e justiça. Bauru: EDIPRO, 2000.

ROUSSEAU, J.-J. Le contrat social. Paris: Armand Colin, 1962.

RÜHLE, O. Die Seele des proletarischen Kindes. Dresden: Verlag am andern Ufer, 1925.

SABBAG, C. Orçamento e desenvolvimento - recurso público e dignidade humana: o desafio das políticas públicas desenvolvimentistas. São Paulo: Millennium, 2006.

SADEK, M. T. (Org.). Reforma do poder judiciário. São Paulo: Konrad Adenauer, 2001.

SAID, E. Cultura e imperialismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SANTOS, B. S. La caída del Angelus Novus: ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2003.

SANTOS, B. S. Os processos da globalização. In: SANTOS, B. S. (Org.). A globalização e as ciências sociais. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005a.

SANTOS, B. S. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005b.

SANTOS, B. S.; MARQUES, M. M. L.; PEDROSO, J. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. Revista Brasileira de Ciências Sociais, n. 30, São Paulo, 1996.

SANTOS, R. L. Ação coletiva. In: SCHWARZ, R. G. (Org.). Dicionário de direito do trabalho, de direito processual do trabalho e de direito previdenciário aplicado ao direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2012-a.

SANTOS, R. L. Sindicatos e ações coletivas. 3.ed. São Paulo: LTr, 2012b.

SARAT, A.; SCHEINGOLD, S. Cause lawyering: political commitments and professional responsibilities. New York: Oxford University, 1998.

SARLET, I. W. A eficácia dos direitos fundamentais. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, I. W. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Interesse Público*, n. 12, São Paulo, 2001.

SARLET, I. W. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, I. W. Dignidade da pessoa humana e “novos” direitos na constituição federal de 1988: algumas aproximações. In: MATOS, A. C. H. (Org.). *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

SARLET, I. W. O direito fundamental à moradia na constituição. In: SAMPAIO, J. A. L. (Org.). *Crise e desafios da constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SCHEFFER, M.; SALAZAR, A. L.; GROU, K. B. O remédio via justiça: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/AIDS no Brasil por meio de ações judiciais. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

SCHEININ, M. Direct applicability of economic, social and cultural rights: a critique of the doctrine of self-executing treaties. In: SCHEININ, M. *Social rights as human rights: a european challenge*. Åbo: Åbo Akademi University, 1994.

SCHMIDT, J. P. Gestão de políticas públicas: aspectos conceituais e aportes para um modelo pós-burocrático e pós-gerencialista. Santa Cruz do Sul: [s.n.], 2007.

SCHMIDT, P. L.; SALOMÃO, M. F. El papel del poder judicial em el consenso de Pekín. *Revista de la Asociación Latinoamericana de Jueces del Trabajo*, n. 8, São Paulo, 2012.

SCHMIDT-ASSMAN, E. *Der Verfassungsbegriff in der deutschen Staatslehre der Aufklärung un der Historismus*. Berlin: Duncker & Humblot, 1967.

SCHIMITT, C. *Der hütler der Verfassung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

SCHWARTZ, B. *A history of the Supreme Court*. New York: Oxford University, 1995.

SCHWARZ, R. G. O sistema de seguridade social e o princípio da solidariedade. In: BARROSO, L. R.; CLÈVE, C. M. (Org.). *Direito constitucional: constituição financeira, econômica e social*. São Paulo: RT, 2011.

SEJERSTEDT, F. Democracy and the rule of law: some historical experiences of contradictions in the striving for good government. In: ELSTER, J.; GLADSTADT, R. (Org.). *Constitutionalism and democracy: studies in rationality and social change*. Cambridge: Cambridge University, 1993.

SEN, A. *Desarrollo y libertad*. México: Planeta, 2000.

SEN, A. *El valor de la democracia*. Barcelona: Cultural, 2006.

SEN, A. *Poverty and famines: an essay on entitlements and deprivation*. Oxford: Clarendon, 1982.

SERGE, V. *O ano I da revolução russa*. São Paulo: Ensaio, 1993.

- SHUE, H. Basic rights: subsistence, affluence and U.S. foreign policy. New Jersey: Princeton University, 1980.
- SILVA, J. A. A Constituição e a estrutura de poderes. In: FIOCCA, D.; GRAU, E.R. (Org.). Debate sobre a Constituição de 1988. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- SILVA, J. A. Curso de direito constitucional positivo. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SILVA, L. P. P. A irreversibilidade dos direitos sociais. In: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (Org.). Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois. São Paulo: LTr, 2008.
- SILVA, R. M. (Org.). Derecho internacional de los derechos humanos. México: UNAM, 2002.
- SKINNER, Q. The foundations of modern political thought: the renaissance. Cambridge: Cambridge University, 1978.
- SMENDE, R. Verfassung und Verfassungsrecht, Staatrechtliche Abhandlungen und andere. 2. ed. Berlin: Aufsätze, 1968.
- SMITH, A. Lectures on justice, police, revenue and arms. Whitefish: Kessinger, 2004.
- SMITH, R. M. *Liberalism and american constitutional law*. Cambridge-London: Harvard University, 1980.
- SOUZA NETO, C. P. Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- STERETT, S. Judicial review in Britain. *Comparative Political Studies*, n. 26, Thousand Oaks, 1994.
- STONE, A. Judging socialist reform. *Comparative Political Studies*, n. 26, Washington, 1994.
- STRECK, L. L. Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SUNSTEIN, C. *Designing democracy*. Oxford: Oxford University, 2001.
- SÜSSEKIND, A. Os direitos constitucionais trabalhistas. In: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (Org.). Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois. São Paulo: LTr, 2008.
- SZWARCWALD, C. L. et al. Pesquisa Mundial de Saúde 2003: o Brasil em números. *Revista Radis*, v. 23, Rio de Janeiro, 2004.
- TAKOI, S. M. Breves comentários ao princípio constitucional da solidariedade. In: BARROSO, L. R.; CLÈVE, C. M. *Direito constitucional: constituição financeira, econômica e social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- THIERRY, H. et al. *Droit international public*. Paris: Montchrestien, 1986.
- THOME, C. F. O princípio da igualdade em gênero e a participação das mulheres nas organizações sindicais de trabalhadores. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

- THOMPSON, E. The making of the english working class. 3. ed. Harmondsworth: Penguin, 1980.
- THUROW, L. El futuro del capitalismo. Barcelona: Ariel, 1996.
- TOCQUEVILLE, A. A emancipação dos escravos. Campinas: Papyrus, 1994a.
- TOCQUEVILLE, A. Recuerdos de la revolución de 1848. Madrid: Trotta, 1994b.
- TORRAZZA, J. Z. Inmigración y prácticas sociales discriminatorias. In: BERGALLI, R. (Org.). Flujos migratorios y su (des)control. Barcelona: Anthropos, 2006.
- TORRE, H. M. G. Derechos humanos: dignidad y conflicto. México: Universidad Interamericana, 1996.
- TORRES, R. L. Os direitos humanos e a tributação. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- UGARTEMENDIA, J. I. La desobediencia civil en el estado constitucional democrático. Madrid: Marcial Pons, 1999.
- ULRICH, P. Integrative Wirtschaftsethik. Berna: Haupt, 1998.
- UNITED NATIONS. UNICEF. Adjustment with a human face: protecting the vulnerable and promoting growth. Oxford: Clarendon, 1989.
- UNITED NATIONS. OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. General comment 3: the nature of states parties obligations. Oxford: Oxford University, 1990.
- UPRIMNY, R. Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía. Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes, n. 12, Bogotá, 2001.
- VAN GEUNS, H. A. The concept of organized violence. In: VAN GEUNS, H. A. Health hazards of organized violence. Haya: Ministry of Welfare, Health an Culture Affairs, 1987.
- VARGAS, A. Governabilidade e governação: novas formas de legitimação. VII Congresso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Lisboa: CLAD, 2002.
- VEHERVARY, J.; STANGL, W. Menschenrecht und Staatsgewalt. Wien: WUV Universitätsverlag, 2000.
- VENTURA, M. As estratégias de promoção e garantia dos direitos das pessoas que vivem com HIV/ Aids. Divulgação em Saúde para Debate, n. 27, Rio de Janeiro, 2003.
- VIANNA, L. W.; BURGOS, M. B. Entre princípios e regras (cinco estudos de caso de ação civil pública). Cadernos CEDES-IUPERJ, s.n., Rio de Janeiro, 2005.
- VIEIRA, F. S.; ZUCCHI, P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. Revista de Saúde Pública, v. 41, n. 2, São Paulo, 2007.
- VILLASANTE, T.; GARRIDO, F. J. (Org.). Metodologías y presupuestos participativos: construyendo ciudadanía. Madrid: Cimas-IEPALA, 2002.
- VILLORO, L. Aproximaciones a una ética de la cultura. In: OLIVÉ, L. (Coord.). Ética y diversidad cultural. México: UNAM-FCE, 1993.

VIROLI, M. The revolution in the concept of politics. *Political Theory*, vol. XX, n. 3, Thousand Oaks, 1992.

VITA, E. C. Revisión jurisdiccional de la inactividad material de la administración. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 17, Madrid, 1978.

VUOLO, R. et al. *La pobreza... de la política contra la pobreza*. Buenos Aires: CIEPP, 2004.

WADE, H. R. *Administrative law*. 6. ed. Oxford: Clarendon, 1992.

WALDRON, J. (Org.). *Nonsense upon stilts: Bentham, Burke and Marx on the rights of man*. London: Methuen, 1987.

WALDRON, J. *The right to private property*. Oxford: Clarendon, 1990.

WARAT, L. Fobia al estado de derecho. *Anais do curso de pós-graduação em Direito da Universidade Integrada do Alto Uruguai e Missões*. Santiago: URI, 1994.

WAYNE, W. Two faces of judicial activism. *George Washington Law Review*, n. 1, Washington, 1992.

WEBER, M. *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1964.

WIEÄCKER, F. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1980.

WIESE, B. *La cultura de la ilustración*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1979.

WROE, A. Separation of powers. In: CLARKE, P. B.; FOWERAKER, J. (Org.). *Encyclopedia of democratic thought*. London: Routledge, 2001.

YAMASHITA, D. Princípio da solidariedade em direito tributário. In: GRECO, M. A.; GODOI, M. S. (Org.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

ZAGREBLESKY, G. *Derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2005.

ZAMBRANO, M. *Filosofía y poesía*. México: FCE, 1996.

ZAMBRANO, M. *Pensamiento y poesía en la vida española*. México: FCE, 2008.

ZAVASCKI, T. A. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.

ZEPEDA, J. R. *Estado de derecho y democracia*. México: Instituto Federal Electoral, 1996.

ZIPPELIUS, R. *Allgemeine Staatslehre*. München: C. H. Beck, 1999.

ZIPPELIUS, R. *Teoria geral do estado*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.