

# A PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS COMO PARÂMETRO DE LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

## PROMOTION OF HUMAN RIGHTS AS A BENCHMARK OF LEGITIMACY FOR THE DEMOCRATIC STATE INTERVENTION IN THE ECONOMIC FIELD

BRENO DIAS BLAU<sup>1</sup>

**RESUMO:** As transformações político-ideológicas ocorridas nas sociedades ocidentais durante os dois últimos séculos foram determinantes para a atual definição do papel do Estado. O Estado Democrático de Direito é compelido, por um “dever historicamente construído”, a agir para promover o bem-estar coletivo. A correlação necessária entre este ideal de bem-estar e a promoção dos direitos humanos dá o parâmetro de legitimidade para a intervenção do Estado no domínio econômico.

**ABSTRACT:** The political and ideological transformations that occurred in western societies during the last two centuries were decisive for the current definition of the role of the State. The Democratic State is compelled, by a “duty historically constructed,” to act in order to promote the general welfare. The necessary correlation between this ideal of welfare and the promotion of human rights gives the measure of legitimacy for State intervention in the economic domain.

**Palavras-Chave:** Estado Democrático; Direitos Humanos; Intervenção Econômica.

**Key-words:** Democratic State; Human Rights; Economic Intervention.

### SUMÁRIO

Introdução; Do Absolutismo ao Estado de Direito Liberal. A construção de um paradigma fundamentado na Liberdade

1 Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais. Membro da Fundação Brasileira de Direito Econômico. Advogado. E-mail: brenodiasblau@gmail.com

de e na Igualdade de Direitos; O advento do Estado Social de Direito. A construção de um paradigma fundamentado na concretização dos Direitos Sociais; Estado de Democrático de Direito. A construção de um paradigma fundamentado na promoção dos Direitos Humanos Fundamentais; A responsabilidade do Estado pela promoção dos Direitos Humanos Fundamentais; Direitos Humanos e Liberdade na visão de Amartya Sen; Promoção dos Direitos Humanos: baliza legitimadora para o exercício do Poder Político.

## INTRODUÇÃO

Conforme ensina Eros Grau, o vocábulo *intervenção* expressa atuação estatal em área de titularidade do setor privado<sup>2</sup>

Tratar da intervenção do Estado na seara econômica é, portanto, tratar do problema da liberdade do setor privado em face do poder do Estado.

Este, entretanto, é um problema que vai além do estabelecimento de limites para a ação interventiva do Estado. Isto porque, em um modelo de Estado democrático, a garantia da liberdade econômica demanda mais do que a mera abstenção estatal em relação às esferas de individuais de atuação.

Ao mesmo tempo em que o “poder de intervenção” é limitado pelas garantias individuais previstas na Constituição<sup>3</sup>, o Estado é com-

- 
- 2 Conforme Eros Grau, o Estado “não pratica *intervenção* quando presta serviço público ou regula a prestação de serviço público. Atua, no caso, em área de sua própria titularidade, na esfera pública. Por isso mesmo dir-se-á que o vocábulo *intervenção* é, no contexto, mais correto do que a expressão *atuação estatal* [quando referimo-nos à atuação do Estado na seara econômica privada]: *intervenção* expressa atuação estatal em área de titularidade do setor privado, *atuação estatal*, simplesmente, expressa significado mais amplo. Pois é certo que essa expressão, quando não qualificada, conota inclusive atuação na esfera do público” (GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p.84-85). Deixando de lado a discussão a respeito do que faz com que uma atividade econômica seja de titularidade do setor público ou do privado, adotaremos neste trabalho o significado acima delineado para o a expressão *intervenção econômica*.
  - 3 José Afonso da Silva ensina que “a Constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria a organização dos seus elementos essenciais: *um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias*”. Assevera, entretanto, que essa noção de constituição estatal não expressa senão uma ideia parcial de seu conceito, porque a toma como algo desvinculado da realidade social. Em seguida, faz alusão a três concepções tradicionais de constituição. A *sociológica*, cujo principal representante é Ferdinand Lassalle, para quem a constituição é a soma dos fatores reais de poder

pelido a agir em consonância com os deveres que o sistema de direitos fundamentais lhe impõe, com vistas a permitir que cada indivíduo exerça em plenitude o direito à liberdade.

Meios materiais de existência digna, como veremos, são condicionantes do exercício do direito à liberdade. Por este motivo, os limites da atuação do Estado Democrático no domínio econômico são definidos, também, pelo seu “dever” de garantir os elementos mínimos necessários à existência digna<sup>4</sup>.

Como se sabe, âmbito material das Constituições foi constantemente alterado no decorrer da história. Isto se deve, segundo Washington Albino, à sucessão de concepções político-ideológicas dominantes<sup>5</sup>.

Ao serem superadas as orientações ideológicas próprias do liberalismo dos sec. XVIII e XIX, as Constituições deixaram de ser instrumento assecuratório das liberdades individuais e garantidor da igualdade formal para transformar-se em algo muito maior. Deixaram de apenas estabelecer limites e passaram a fomentar condutas, a estabelecer ações afirmativas direcionadas a diminuir a pobreza e a desigualdade, a garantir existência digna aos homens e a promover os direitos humanos fundamentais<sup>6</sup>.

---

que regem o país, não passando o documento escrito de uma “folha de papel”; A *política*, onde Carl Schmitt considera as constituições como *decisão política fundamental, decisão concreta de conjunto sobre o modo e forma de existência da unidade política*, excluindo do conceito aquelas normas que não contenham matéria de decisão política fundamental; A *puramente jurídica*, cujo principal expoente é Hans Kelsen. Para essa corrente, a constituição é norma pura, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica. Após essa explanação, adverte o eminente doutrinador que todas estas concepções pecam pela unilateralidade, e afirma: “Busca-se, assim, formular uma *concepção estrutural de constituição*, que a considera no seu aspecto normativo, não como norma pura, mas como norma em sua conexão com a realidade social, que lhe dá o conteúdo fático e o sentido axiológico. Trata-se de um complexo, não de partes que se adicionam ou se somam, mas de elementos e membros que se enlaçam num todo unitário. O sentido jurídico de constituição não se obterá, se a apreciarmos desgarrada da totalidade da vida social, sem conexão com o conjunto da comunidade. Pois bem, certos modos de agir em sociedade transformam-se em fundamento do existir comunitário, formando os *elementos constitucionais* do grupo social, que o constituinte intui e revela como preceitos normativos fundamentais”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. - São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p.38-40). Este é o conceito de constituição que acreditamos ser o mais proveitoso para desenvolver no presente estudo.

4 A expressão “existência digna” empregada na Constituição brasileira pode ser identificada com o direito fundamental ao “mínimo existencial”, desenvolvimento na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão – *BverfGE* 1, 97 (104-105); *BverfGE* 40, 121 (133). Para um maior aprofundamento sobre o tema, ver ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. – São Paulo: Malheiros, 2008, p.435-440.

5 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. - Belo Horizonte: ed. Del Rey, 2002, *passim*.

6 “A crise do Estado Liberal, que se agravou com a exclusão social advinda,

Para Eros Grau, essas Constituições – as quais chama de “diretivas” ou “propositivas” – são mais do que simples instrumentos de governo. Elas enunciam “diretrizes, programas e fins a serem realizados pela sociedade”<sup>7</sup>. Ao contrário das Constituições liberais, que recebem a ordem econômica (mundo do ser)<sup>8</sup> como ela é, limitando-se a garantir seu regular funcionamento, as Constituições diretivas *propõem transformações* e exigem “uma efetiva ação do Estado sobre o processo econômico”<sup>9</sup>.

Da legalidade à legitimidade, os deveres do Estado são ampliados e seu campo de atuação no setor econômico privado é substancialmente alterado. “O Estado assume a responsabilidade pela condução do processo econômico”<sup>10</sup> e, com isso, a correlação dos âmbitos *político* e *econômico* ganha nova dimensão, alterando nitidamente a forma como é tratado o dever estatal de garantia da liberdade.

Buscando, nesse sentido, definir os pressupostos que informam os deveres do Estado Democrático de Direito, bem como o impacto que estes deveres exercem na delimitação do poder de intervenção do Estado no domínio econômico privado, é importante analisar, primeiro, os paradigmas de Estado que o antecederam.

A finalidade deste exercício não é trazer do passado elementos

---

principalmente, a partir da Revolução Industrial, gerou seu colapso na Primeira Grande Guerra, originando duas novas formas de Estado, o Estado Social e o Estado Socialista. Aquele, na verdade, começou a surgir com a Revolução francesa de 1848, mas só veio a se afirmar em 1917 e 1919, respectivamente, com as Constituições do México e de Weimar. O Estado Social passa a representar a consagração dos direitos sociais (de saúde, educação, previdência, transporte, habitação) e econômicos (direitos a política de emprego, remuneração) como direitos fundamentais da pessoa humana ao lado dos já consagrados direitos individuais e políticos”. (JEYCIC, Vladmilson. *O Respeito aos Direitos Humanos como Pressuposto da Democracia*. In: OLIVEIRA, Márcio Luiz. (Org.) *Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos: Interface com o direito constitucional contemporâneo*. – Belo Horizonte: ed. Del Rey, 2007.).

7 GRAU, Eros Roberto. *Reformas Constitucionais e a Identidade da Constituição Econômica*. In 15 Anos de Constituição / José Adércio Leite Sampaio (Coord.), p.182-187. – Belo Horizonte: Del Rey, 2004b, p.183.

8 Para Eros Grau, a expressão “ordem econômica”, usualmente empregada pelos juristas, pode comportar significados distintos, fator que torna “tormentosa” sua utilização (GRAU, 2004, *op. cit.*, p.51). Após discorrer detidamente sobre os possíveis significados que essa expressão pode abarcar, define com o “ordem econômica” (mundo do dever ser) o sistema de princípios e regras jurídicas voltadas para a regulamentação das atividades econômicas – uma parcela da “ordem jurídica”; e como “ordem econômica” (mundo do ser) o “modo de ser da economia”, a articulação do econômico, como fato – o conjunto fático de relações econômicas (*Idem*, p.56-60).

9 GRAU, 2004b, *op. cit.*, p. 183.

10 GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. – São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 26.

que justifiquem concepções atuais de responsabilidade estatal, menos ainda sustentar a superação de antigos postulados. O que se busca é uma compreensão histórica do papel do Estado<sup>11</sup> – é traçar um horizonte histórico a partir do qual seja possível compreender os fundamentos da responsabilidade política do Estado democrático, sobretudo no que se refere à garantia das liberdades econômicas individuais.

Como bem afirmou Bonavides, conhecer o conteúdo histórico e os diferentes matizes ideológicos de que se há revestido o Estado é pressuposto fundamental para a exata compreensão do problema da liberdade<sup>12</sup>.

Para tanto, foi traçada uma linha composta de três grandes estágios: Estado de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direitos. A confrontação dos postulados de cada um destes “modelos de Estado” possibilita uma melhor compreensão do novo paradigma positivado e suposto nas constituições democráticas.

## I. Do Absolutismo ao Estado de Direito Liberal. A construção de um paradigma fundamentado na Liberdade e na Igualdade de Direitos

O Estado Liberal surge na esteira do desenvolvimento de um arcabouço teórico emancipatório, tendente a diluir o poder centralizado do Estado Absolutista. As condições necessárias ao seu surgimento se deram em virtude da lenta superação de um paradigma<sup>13</sup> de organização

- 11 “Compreender é operar uma mediação entre o presente e o passado, é desenvolver em si mesmo toda a série contínua de perspectivas na qual o passado se apresenta e se dirige a nós” (GADAMER, Hans-Georg. *O Problema da Consciência Histórica* / Pierre Fruchon (Org.). – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p.71). Para Gadamer, “ao contrário do que costumamos imaginar, o tempo não é um precipício que devemos transpor para recuperarmos o passado; é, na realidade, o solo que mantém o devir e onde o presente cria raízes”. Em suas palavras, “somos membros de uma cadeia ininterrupta [de acontecimentos] graças a qual o passado nos interpela”, graças a qual, o passar do tempo revela “uma continuidade viva de elementos que se acumulam formando uma tradição” e que possibilitam uma compreensão histórica (GADAMER, *op. cit.*, páginas 67; 57-58; e 68, respectivamente).
- 12 BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. – 8ª ed. – São Paulo: Maleiros Editores, 2004, p.39.
- 13 A ideia de paradigma “possibilita explicar o desenvolvimento científico como um processo que se verifica mediante rupturas, através da tematização e explicitação de aspectos centrais dos grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões de mundo, consubstanciados no pano-de-fundo naturalizado de silêncio assentado na gramática das práticas sociais, que a um só tempo tornam possível a linguagem, a comunicação, e limitam ou condicionam o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo”. (CARVALHO NETTO, Menelick. *Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. In Revista Brasileira

social e política que pode ser observado, grosso modo, ao longo de toda a idade média.

A organização política dos pré-modernos<sup>14</sup> tinha fundamento, basicamente, em uma mistura indistinta de religião, direito, moral, tradição e costumes, transcendentalmente justificados. As sociedades eram divididas em castas e os direitos reconhecidos ao indivíduo derivavam do *locus* por ele ocupado na hierarquia social – absoluta e imutável.

O Direito, nas palavras de Carvalho Neto,

Se apresentava como ordenamentos sucessivos, consagradores dos privilégios de cada casta e facção de casta, reciprocamente excluídas, de normas oriundas da barafunda legislativa imemorial, das tradições dos usos e costumes locais, aplicadas casuisticamente como normas concretas e individuais, e não como um único ordenamento jurídico integrado de normas gerais e abstratas válidas para todos<sup>15</sup>.

Mais tarde, devido a uma série de fatores e processos históricos (como, *e.g.*, o grande crescimento dos centros comerciais, a dissolução dos laços feudais e a organização centralizada do poder político), este paradigma foi se desintegrando ao longo de pelo menos três séculos e favoreceu o surgimento de uma forma singular de organização político-social que teve como marco inicial o surgimento dos Estados Nacionais.

Neste ponto já podem ser observadas grandes rupturas conceituais no que se refere às relações entre o divino, a moral e o direito, mas ainda não tão fortes a ponto de dar concretude a ideais como “liberdade”

---

de Direito Comparado, v. 3, p.473-486. – Belo Horizonte, 1999, p.476).

14 Embora haja o consenso sobre a inexistência de um evento pontual a definir onde termina a idade média e começa a Era moderna, pode-se afirmar que esta transição se deu em virtude de um conjunto de transformações substanciais, ocorridas nas sociedades europeias durante o período compreendido entre os séculos XIV e XVI. Para Lima Lopes, a modernidade abre-se com eventos de extraordinária repercussão: (i) a reforma protestante; (ii) a chegada dos europeus na América; (iii) o desenvolvimento da economia monetarizada e mercantil; e (iv) a consolidação dos Estados nacionais (LOPES, José Reinaldo Lima. *O Direito na História*. – 2ª ed. – São Paulo: Max Limonad, 2002, p.178-179). As transformações no campo da ciência e da cultura também revestem-se de fundamental importância: “A Idade Moderna, período histórico entre os séculos XVI e XVIII, caracteriza-se, principalmente, pela existência de uma nova postura diante do mundo e dos homens [...] Tal virada é guiada pelo estabelecimento, na teoria do conhecimento, das teorias da Racionalidade, e particularmente, da nova Teoria da Física (BAGNOLI, Vicente; BARBOSA, Susana Mesquita; OLIVEIRA, Cristina Godoy. *História do Direito*. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.82).

15 CARVALHO NETTO, *op. cit.*, p.479.

e “igualdade entre os homens”. Pautado na premissa da inderrogabilidade do poder divino concedido ao monarca, o Estado manteve durante longos anos a centralização e o controle absoluto do poder político.

No entanto, o duro golpe sofrido pela igreja com a Reforma<sup>16</sup>, com a expansão das ciências naturais (que estenderam sua perspectiva racionalista ao estudo dos fenômenos sociais – entre eles, o Direito<sup>17</sup>) e com o crescimento do poder econômico da classe burguesa (que ansiando participar efetivamente da condução dos rumos do Estado investiu pesadamente na formulação dos princípios filosóficos da sua revolta social) deram força a todo um movimento de constrição do Poder estatal e de valorização do homem.

Os ideais aí construídos (ideais de classe, como se revelaram mais tarde) são pretensiosamente generalizados a todos os componentes do corpo social. Desperto para a consciência de suas liberdades políticas, o povo adere à causa burguesa conferindo-lhe ainda mais força na luta contra o poder corporificado na tríade coroa-igreja-nobreza.

Para Carvalho Netto, as intuições da moral burguesa, individual-racionalista, vistas como verdades matemáticas inquestionáveis, colocam em xeque a tradição, agora reduzida a meros usos e costumes sociais<sup>18</sup>. O Direito, enquanto normatividade específica, só poderia ser compreendido, agora, como um ordenamento de leis racionalmente elaboradas e impostas à observação de todos por um aparato de organização política laicizado. Isto se produz mediante um processo que impõe a observância daquelas normas abstratas tomadas como Direito Natural pelo jusracionalismo.

Note-se que o direito natural foi a fortaleza de ideias onde procuraram asilo tanto os doutrinários da liberdade como os do absolutismo. Como assevera Boaventura, “o direito natural racionalista serviu para legi-

16 “O processo de transformações econômicas, políticas e sociais ocorridas na Europa, a partir do século XII, culminou no Século XVI com a grande revolução espiritual da sociedade europeia, caracterizada por um amplo movimento de contestação à autoridade e ao poder material da Igreja de Roma.” (PAZZINATO, Alceu Luiz; SENISE, Maria Helena Valente. *História moderna e contemporânea*. - São Paulo: Ed. Ática, 1994, p.62) Trata-se da Reforma Protestante.

17 “O modelo de racionalidade que preside à ciência moderna constituiu-se a partir da revolução científica do século XVI e foi desenvolvido nos séculos seguintes basicamente no domínio das ciências naturais. Ainda que com alguns prenúncios no século XVIII, é só no século XIX que este modelo de racionalidade se estende às ciências sociais emergentes” (SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum: A ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. - 6ª ed. - São Paulo: Cortez, 2007, p.60).

18 CARVALHO NETTO, *op. cit.*, p.474.

timar, quer o “despotismo iluminado”, quer as ideias liberais e democráticas que conduziram à Revolução Francesa”<sup>19</sup>.

“A burguesia revolucionária utilizou-o para estreitar os poderes da Coroa e destruir o mundo de privilégios da feudalidade decadente”<sup>20</sup>, enquanto os teóricos absolutistas, ancorados na doutrina da monarquia divina, apregoavam o direito natural do Estado, encarnado na opressão da realeza absoluta.

A prevalência da ideologia libertária, segundo Boaventura, está no desfecho inevitável para a tensão histórica entre emancipação e regulação<sup>21</sup>. Sua tese é de que esta tensão se processa no campo jurídico mediante a distinção fundamental entre certo (*certum*) e verdadeiro (*verum*), conforme imaginado por Gianbattista Vico<sup>22</sup>. O *certum* seria a autoridade, a arbitrariedade, o resultado particularizado da vontade humana, enquanto o *verum* seria a verdade, a emanação da razão, a universalidade decorrente da natureza<sup>23</sup>.

Dando continuidade, afirma que a trajetória histórica demonstra, no desenrolar da experiência humana, o natural caminhar do *certum* para o *verum*, da autoridade para a razão, do particular para o universal<sup>24</sup>. Por isso, em seu entender, “em todos os momentos da história, o direito é constituído por uma tensão entre regulação (autoridade) e emancipação (razão), mas, com o desenrolar da experiência humana, a emancipação triunfa sobre a regulação”<sup>25</sup>.

Dáí porque a perspectiva histórica nos mostra com mais evidência o prestígio da ideologia que amparou os direitos naturais do homem perante o Estado, em detrimento daquel’outra tendente a manter apertados os grilhões do absolutismo.

Ideias abstratas tais como a da liberdade individual, a da liberdade de “ter” (direitos de propriedade) e a da igualdade de todos perante a lei vão colocando fim aos privilégios de nascimento e às ingerências do Poder Central.

Com o movimento constitucionalista implantam-se, de fato, os

---

19 SANTOS, *op. cit.*, p.125.

20 BONAVIDES, *op. cit.*, p.42.

21 SANTOS, *op. cit.*, p.120-124.

22 VICO, Gianbattista. (1953), *Opere*. Volume 2: *Principi di Scienza Nuova*. Milan: Riccardi. *Apud* SANTOS, *op. cit.*, p.128-129.

23 SANTOS, *op. cit.*, p.128.

24 *Idem*, p.128-129.

25 *Idem*, p.129.



Estados de Direito Liberais. Este ponto é relevantíssimo, pois aqui é consagrado o império da lei geral, abstrata e válida universalmente. É mediante a utilização desse sistema normativo, oponível, inclusive, ao Poder estatal, que os liberais conseguem “amarrar as mãos” do Estado e relegar-lhe as funções mínimas de garantia da lei e da ordem.

Conforme Bonavides, o liberal não via o Estado como um *prius*, mas necessariamente como um *a posteriori* da convivência humana<sup>26</sup>.

O indivíduo, titular de direitos inatos, exercê-los-ia na sociedade, que aparece como ordem positiva frente ao Estado, ou seja, frente ao *negativum* dessa liberdade, que, por isso mesmo, surge na teoria jusnaturalista rodeado de limitações indispensáveis à garantia do círculo em que se projeta, soberana e inviolável, a majestade do indivíduo<sup>27</sup>.

Nesta fase, a afirmação da liberdade e os interesses prevalentes apontavam para o estabelecimento do mínimo possível de leis. Quanto menos leis, mais livres seriam as pessoas para desenvolver suas prioridades. A sociedade civil era vista como o espaço natural de desenvolvimento das propriedades individuais – da forma mais livre possível – mediante a garantia da igualdade de todos perante a lei. As aptidões individuais se concretizariam à margem de todo esboço de coação estatal<sup>28</sup>.

Adotando, ainda outra vez, o magistério de Carvalho Netto, pode-se dizer que o Direito, ao estabelecer limites universais preponderantemente negativos (não roubar, não matar, etc.), se apresentou como um conjunto de regras destinado a delimitar os espaços de liberdade de cada indivíduo. Assim, o paradigma do Estado Liberal *reduz o Estado à legalidade*, ou *requer que a lei autorize* apenas a atuação de um Estado mínimo, restrito ao policiamento, para assegurar a manutenção daquelas liberdades<sup>29</sup>.

É um ordenamento jurídico de regras essencialmente negativas, limitadoras, onde a autonomia privada é experimentada em sua plenitude – *Ordem Jurídica Liberal Clássica*.

## 2. O advento do Estado Social de Direito.A construção

26 BONAVIDES, *op. cit.*, p.40.

27 *Idem, Ibidem.*

28 *Ibidem.*

29 CARVALHO NETTO. *op. cit.*, p.479.

## de um paradigma fundamentado na concretização dos Direitos Sociais

A vivência daquelas ideias universais e abstratas, como a liberdade e a igualdade, garantidas apenas no plano formal acabam por desencadear o período de maior exploração do homem pelo homem de que se tem notícia na história.

Livres para desenvolver suas aptidões em sociedade e iguais perante a lei, os indivíduos viram-se completamente desiguais em condições materiais de efetivamente exercerem a tão prometida liberdade.

Ao Estado, demissionário de qualquer responsabilidade na promoção do bem comum, não era dado interferir nos processos de livre e natural desenvolvimento da vida privada. Nesse contexto de ausência quase total de regulamentação quanto aos processos econômicos experimentou-se um crescimento financeiro e industrial nunca visto. Tal crescimento, entretanto, foi acompanhado em idêntica proporção por um processo de alargamento das desigualdades sociais, de intensificação da miséria e de escravização da massa de desprovidos.

Descortinava-se uma contradição profunda no modelo de Estado Liberal,

Daí o desespero e a violência das objeções que mais tarde suscitou, notadamente no século XIX, quando os seus esquemas do Estado jurídico puro<sup>30</sup> se evidenciaram inócuos, e de logicismo exageradamente abstrato, face às realidades sociais imprevistas e amargas, que rompiam os contornos de seu lineamento tradicional<sup>31</sup>.

José Afonso da Silva destaca que o individualismo e o abstencionismo do Estado liberal provocaram imensas injustiças, desvelaram a insuficiência das liberdades burguesas e permitiram que a sociedade se

30 Procurando clarear o sentido do que seria **Estado jurídico puro** ou **Estado Legal**, José Afonso da Silva assim disserta: “A concepção jurídica de Kelsen também contribui para deformar o conceito de Estado de Direito. Para ele Estado e Direito são conceitos idênticos [...] Como, na sua concepção, só é Direito o direito positivo, como norma pura, desvinculada de qualquer conteúdo, chega-se, sem dificuldade, a uma ideia formalista do Estado de Direito ou Estado Formal de Direito [...] Pois, se o Direito acaba se confundindo com mero enunciado formal da lei, destituído de qualquer conteúdo, sem compromisso com a realidade política, social, econômica, ideológica enfim [...] todo Estado acaba sendo de Direito, ainda que seja ditatorial. Essa doutrina converte o Estado de Direito em mero Estado Legal”. SILVA, *op. cit.*, p.114-115.

31 BONAVIDES, *op. cit.*, p.43.

apercebesse da necessidade de justiça social<sup>32</sup>.

A Ordem Liberal é questionada. Movimentos de Trabalhadores lutam por uma nova relação de direitos: *direitos coletivos e sociais* como o direito à greve, à livre organização sindical, à jornada máxima de trabalho, ao piso salarial e à seguridade social, entre outros.

À população faminta e dependente não bastava mais o *discurso* da igualdade de todos perante a lei. As pessoas queriam ver *materializados* aqueles direitos antes garantidos apenas no plano formal.

Como aponta Carvalho Neto,

Não se trata apenas do acréscimo dos chamados direitos de 2ª geração (os direitos coletivos e sociais), **mas inclusive da redefinição dos de 1ª** (os individuais); a liberdade não mais pode ser considerada como direito de se fazer tudo o que não seja proibido por um mínimo de leis, mas agora pressupõe precisamente toda uma plêiade de leis sociais e coletivas que possibilitem, no mínimo, o reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco da relação, ou seja, a internalização na legislação de uma igualdade não mais apenas formal, mas tendencialmente material<sup>33</sup> (Grifo nosso).

A crescente exigência dessa nova gama de direitos – ou da transformação contudística dos direitos já reconhecidos – que não podem ser garantidos senão pela atividade estatal, conduzem a uma redefinição das funções do Estado, bem como da sua relação com o indivíduo e com a sociedade. O Estado é chamado a garantir a promoção do bem-estar e a resgatar da miséria uma sociedade disforme, desigual e carente de acesso a condições básicas de sobrevivência como saúde e alimentação.

E não é somente o Estado que tem sua seara de atuação ampliada. A profunda transformação operada na estrutura social exige que o próprio ordenamento jurídico avance a um novo grau de complexidade. A legislação não pode mais destinar-se unicamente a garantir, mediante regras de cunho essencialmente negativo, o respeito a direitos existentes apenas no plano formal. Deve o legislador, agora, criar *mecanismos* que garantam a promoção das finalidades sociais que recaem sobre os ombros do Estado.

Conforme Lucas Verdú, o Estado de Direito “deixou de ser for-

32 SILVA, *op. cit.*, p.115.

33 CARVALHO NETO, *op. cit.*, p.480.

mal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito”<sup>34</sup>, a primar pela afirmação dos chamados direitos sociais e pela realização de objetivos de justiça social.

Esta remodelação do Estado e do Direito marca a superação do paradigma do Estado Liberal pelo do Estado Social de Direito.

No âmbito econômico a grande maioria dos países capitalistas manteve o regime de livre mercado, mas as limitações do *laissez-faire* levaram o sistema a permitir, em caráter permanente, um segundo centro decisório a atuar do lado do mercado, o Estado<sup>35</sup>.

Esta experiência política desencadeou uma maior concentração de poderes “nas mãos” do Estado, acompanhada, todavia, do agigantamento das suas estruturas – o que gerou um expressivo sufocamento da iniciativa privada.

Com o passar dos anos, o excessivo crescimento dos órgãos de Estado encarregados de intervir na economia, bem como a manifesta ineficiência provocada, principalmente, pelo esgotamento da capacidade estatal de investir em novas tecnologias, conduziu a sociedade ocidental a um estado de estagnação econômica e de extrema deterioração do serviço público.

Nesse contexto o Estado perdia progressivamente a capacidade de garantir o tão prometido bem-estar social.

O “aumento” da máquina estatal gerou, além de crescente defasagem e incapacidade para realizar os objetivos conectados com o ideal de justiça social, cerceamento de liberdades e variadas formas de opressão, principalmente naqueles países onde o regime político-econômica dominante propiciava práticas nada democráticas<sup>36</sup>.

---

34 LUCAS VERDÚ, Pablo. *La lucha por el Estado de Derecho*. 1975. *Apud* SILVA, *op. cit.*, p.115.

35 Elías Días afirma que este tipo de liberalismo mitigado (chamemos assim) caracterizara-se por □ compatibilizar, em um mesmo sistema, dois elementos: o capitalismo, como forma de produção, e a consecução do bem-estar social geral, servindo de base ao neocapitalismo típico do *Welfare State*. (DÍAS, Elías. *Estado de derecho y Sociedad democrática*, 1973, p. 106. *Apud* SILVA, *op. cit.*, p.115.

36 José Afonso, tomando emprestadas as lições de Bonavides (BONAVIDES, *op. cit.*, p. 205-206), ressalta que numerosas ideologias divergentes prosperaram sobre a ideia do Estado Social e do consequente crescimento do aparelho estatal que a realização dos seus objetivos demandou. Isto se deve, segundo o jurista, à ambiguidade do termo “social”. Assim, “a Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, Portugal salazarista, a Inglaterra de Churchill e Attlee, a França, com a Quarta República, especialmente, e o Brasil, desde a Revolução de 30, foram “Estados Sociais””. Isto “evidencia, conclui, que o Estado Social se compadece com regimes políticos antagônicos, como democracia, fascismo e nacional-socialismo” (SILVA, *op. cit.*, p.115-116).

Nos países de orientação econômica comunista, ou naqueles onde ganharam espaço ideais nazi-facistas ou nacional-socialistas de extrema direita, a liberdade de iniciativa simplesmente deixou de existir e o Estado tomou conta de quase todos os setores da vida privada.

Guardadas as devidas diferenças entre as diversas doutrinas, bem como o anacronismo entre elas evidenciado no que se refere ao insurgente movimento de “encurtamento” das funções do Estado, não incorreríamos em erro ao concluir que com o fim da Segunda Guerra Mundial o modelo de Estado Social já começara a ser incisivamente questionado. Os anos que daí se seguiram foram marcados por uma substancial redefinição do papel do Estado.

### 3. Estado de Democrático de Direito. A construção de um paradigma fundamentado na promoção dos Direitos Humanos Fundamentais

O encontro do Liberalismo com a Democracia, ocorrido na elaboração dos princípios da Revolução Liberal Francesa, deve ser acolhido com reservas, pois, como destaca Paulo Bonavides<sup>37</sup>, esses dois termos têm significação e conteúdo opostos e a síntese tradicional entre eles operada deve-se a uma comunhão histórica de interesses no combate travado contra um inimigo comum, a saber, o Estado monárquico autoritário.

Como já dito anteriormente, “na doutrina do Liberalismo, o Estado sempre foi o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade”<sup>38</sup>.

A liberdade individual constituiu a principal meta dos teóricos liberais. John Lock, em seu “Tratado sobre o Governo Civil”, buscou conter o poder soberano ao ensaiar um primeiro modelo de divisão de poderes que, junto com o modelo proposto por Montesquieu<sup>39</sup>, deu ensejo à teoria tripartite dos poderes estatais.

Rousseau<sup>40</sup> concentrou seus esforços intelectuais em fundamentar o poder do Estado no consentimento dos indivíduos, em submetê-lo à *volonté générale*. Ao formular a teoria do Contrato social estabeleceu as

37 BONAVIDES, *op. cit.*, p.42-45

38 BONAVIDES, *op. cit.*, p.40.

39 Em obra intitulada “*Do espírito das leis*”, publicada em 1748.

40 Em obra intitulada “*Do contrato Social*”, publicada em abril de 1762.

primeiras bases do princípio democrático e transformou aqueles direitos naturais primitivos em *direitos civis*, revestindo-os de caráter jurídico.

Conforme Bonavides,

A contradição entre Rousseau e Montesquieu [...] assenta no fato de Rousseau haver erigido como dogma a doutrina absoluta da soberania popular, com as características essenciais de inalienabilidade, imprescritibilidade e indivisibilidade, que se coaduna tão bem como o pensamento monista do poder, mas que colide com o pluralismo de Montesquieu e Constant, os quais abraçavam a tese de que os poderes deveriam ser divididos<sup>41</sup>.

Ainda conforme Bonavides, mesmo diante desta aparente natureza inconciliável a ideologia revolucionária burguesa conseguiu “encobrir o aspecto contraditório dos dois princípios e, mediante sua vinculação, construiu a engenhosa teoria do Estado liberal-democrático”<sup>42</sup>.

Entretanto, como se demonstrou, a ideia essencial do liberalismo estava impregnada de interesses classistas e não contava com a presença do elemento popular na formação da vontade estatal. Na liberal-democracia, a democracia ficou de lado. O direito de igualdade de participação ficou no plano do discurso e a grande massa popular apenas trocou um senhor (o monarca) por outro (a classe burguesa).

Esse caráter excludente, especificamente no que se refere à vida política, fez com que àquelas exigências de materialização de direitos que deram ensejo ao Estado Social somassem-se outras, movidas por um desejo cada vez maior de ampliação dos mecanismos de participação na vida pública e por uma necessidade premente de legitimação do Poder estatal.

Da divindade à natureza; da natureza ao pacto social; da delegação do Poder divino à delegação do Poder pelo povo. Ainda que esta forma de legitimação pautada no consentimento tenha permitido o surgimento de Governos tão opressores quanto aqueles justificados pela “vontade de Deus”, sua base de fundamentação teórica permitiu, ou passou a permitir com o desenrolar da história, certa identificação dos indivíduos com o Poder que, em seu nome, era exercido e, em decorrência, deixou aberta a possibilidade de sua retomada, acaso o mandatário deixasse de laborar no interesse da coletividade.

Como demonstrado no tópico anterior, o Estado Social – agi-

---

41 BONAVIDES, *op. cit.*, p. 52.

42 *Idem.*

gantado devido às exigências do momento histórico – há muito deixava de refletir os interesses coletivos. Sua base de legitimação estava rompida e as sociedades passaram a exigir, cada vez mais, participação efetiva na escolha dos rumos do seu país.

Este processo de “ressurgimento” do princípio democrático é acompanhado por uma alteração substancial no conteúdo material do próprio conceito de democracia, que passa a exigir um novo plexo de direitos aptos a garantir o exercício real e consciente da soberania popular.

É justamente neste contexto que os direitos fundamentais passam a ser considerados, para além de sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual, elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico [...] Nesta perspectiva, a doutrina tem reconhecido que entre os direitos fundamentais e a democracia se verifica uma relação de interdependência e reciprocidade<sup>43</sup>.

Aos poucos, com a crescente organização da sociedade civil alcançada devido a processos sociais e políticos irreversíveis, ganha força o processo de transição para o Regime Democrático. Surge um modelo de Estado de Direito construído e legitimado a partir da vontade popular e sustentado por uma sólida base de direitos e garantias fundamentais<sup>44</sup>.

O novo conceito de *democracia* passa a referir-se à realização de valores de convivência humana, uma vez que o anseio de ver realizados aqueles valores fundamentais erigidos na Constituição pode ser pressuposto na vontade popular.

Em mais uma transição paradigmática exsurge o *Estado Democrá-*

43 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.60-61.

44 Essa dupla base de fundamentação e de legitimação (vontade popular e direitos humanos) é observada por Sarlet, que afirma: “Com efeito, verifica-se que os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito de igualdade (perante a lei e de oportunidades), de um espaço de liberdade real, bem como por meio da outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade), na conformação da comunidade e do processo político [...] De outra parte, a despeito dos inúmeros aspectos que ainda poderiam ser analisados sob esta rubrica, importa referir a função decisiva exercida pelos direitos fundamentais num regime democrático como garantia das minorias contra eventuais desvios de poder praticados pela maioria no poder (SARLET, *op. cit.*, p61).

*tico de Direito*, ou Estado de Direito Democrático, como preferiu o constituinte português que o declarou no artigo 2º de sua Constituição:

A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa<sup>45</sup>.

#### 4. A responsabilidade do Estado pela promoção dos Direitos Humanos Fundamentais

O Estado Democrático de Direito, ao reunir os elementos do *Estado de Direito* e do *Estado Democrático* revela um conceito novo que os supera, como bem explicou Afonso da Silva<sup>46</sup>.

Como visto, o Estado Liberal teve como principais características os mecanismos voltados à contenção do poder estatal e à garantia da máxima liberdade dos indivíduos, como, *e.g.*, *submissão de todos ao império da lei, divisão dos poderes do Estado e garantida formal dos direitos individuais*.

O Estado Social, por seu turno, procurou cobrir as falhas deixadas pelo abstencionismo adotado no modelo anterior, mas seu agigantamento acabou por subjugar os indivíduos, instaurando um regime de opressão que foi rapidamente questionado.

Ambos serviram de esteio ao surgimento de um modelo estatal sedimentado no princípio democrático que, ao contrário do que se possa presumir, não é exaurido na simples formação das instituições representativas (o que constituiu uma fase de sua evolução), mas se realiza na “garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana”<sup>47</sup>.

No paradigma do Estado Democrático de Direito não basta que as ações adotadas pelo Estado no desempenho de suas funções atenham-se aos parâmetros da legalidade estrita para que se revistam de legitimidade. O sistema normativo é repleto de *princípios* positivos, programáticos e impulsadores que *obrigam* o Estado a agir construtivamente para satis-

45 PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Artigo 2º. VII Revisão Constitucional. 2005. Disponível em <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>, acesso em 02.07.2013, às 09:57h.

46 SILVA, José A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. *Cit.* p. 117

47 *Idem, Ibidem.*



fazer, a um só tempo, tanto a exigência de dar curso e reforçar a crença na legalidade, entendida como segurança jurídica, quanto *o sentimento de justiça social*, que deflui da efetividade dos direitos humanos fundamentais.

Assevera Afonso da Silva:

O princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado Democrático de Direito. É da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeitar-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais<sup>48</sup>.

A Constituição brasileira, por exemplo, declara ser o Brasil um Estado Democrático de Direito (art.1º) e estabelece como *objetivos fundamentais* a construção de uma sociedade justa, livre e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza; a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos (art. 3º)<sup>49</sup>.

Tais princípios basilares, além de serem erigidos como objetivos do Estado brasileiro (por isso mesmo devem ser levados e conta como parâmetros limitadores e direcionadores dos atos de governo) integram o conceito de *democracia* que se busca realizar, por lhe condicionarem a efetivação.

Nas palavras do mesmo jurista,

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza [...] há de ser um processo de liberação da pessoa humana das fontes de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício<sup>50</sup>.

Com efeito, para que o Estado possa alcançar o desiderato de realização plena do *princípio democrático* – que tem como fundamento central a liberdade, em suas várias formas –, deve proporcionar aos indivíduos condições reais (econômicas e educacionais) de exercício dos seus direitos políticos e sociais. Foi nesse sentido que, ao decidir sobre o direito funda-

---

48 *Idem*, p.121.

49 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988.

50 SILVA, *op. cit.*, p. 119-120.

mental ao ensino<sup>51</sup>, o Tribunal Constitucional Alemão considerou que “o direito de liberdade não teria valor sem os pressupostos fáticos para o seu exercício<sup>52</sup>”.

Neste ponto ganha especial relevância a forma como o Estado age no plano econômico.

O Estado Democrático de Direito se torna responsável pela criação das condições imprescindíveis ao exercício pleno da democracia. Por isso, ao atuar no plano econômico deve fazê-lo em consonância com a colimação daqueles objetivos basilares que, indiscutivelmente, exigem a promoção dos direitos humanos fundamentais.

## 5. Direitos Humanos e Liberdade na visão de Amartya Sen.

A busca pelo desenvolvimento econômico e social compõem a pauta de objetivos de qualquer país democrático. Em seu art. 3º, a constituição brasileira elenca o desenvolvimento nacional como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil<sup>53</sup>.

Observando melhor os incisos do art. 3º da Constituição brasileira, percebe-se que o desenvolvimento nacional deve ser perseguido em conjunto com outros objetivos de igual importância, como a “construção de uma sociedade livre, justa e solidária”; a “erradicação da pobreza e da marginalização”; e a “redução das desigualdades sociais e regionais”<sup>54</sup>, entre outras. O desenvolvimento econômico nacional, conclui-se, não pode ser perseguido em haja semelhantes esforços em prol do desenvolvimento humano.

Como vimos, o exercício pleno da liberdade está intrinsecamente ligado à promoção dos Direitos Humanos – mister do Estado. É garantindo a realização desses direitos que se poderá satisfazer um conceito mais amplo de *liberdade*, sem a qual, segundo *Amartya Sen*<sup>55</sup>, é impossível a busca do desenvolvimento<sup>56</sup>.

---

51 *BverfGE* 33, 303 (331).

52 ALEXY, *op. cit.*, p.438-439.

53 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil. op. cit.*, art. 3º.

54 *Idem*, art. 3º, I e III.

55 Amartya Sen: economista indiano laureado com o Premio Nobel, em 1998, pelos seus contributos para a teoria da decisão social e do *Welfare State*.

56 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. – São Paulo: Companhia das Letras, 2010, *passim*.

Assim que, para propiciar o desenvolvimento, devem-se remover as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligências dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos<sup>57</sup>.

A Liberdade, nesse sentido, deve ser entendida em sentido amplo. Nesta acepção, não basta que o indivíduo tenha a faculdade de agir em determinado sentido. É necessário que ele “possa efetivamente” agir. As condições necessárias à ação que pretende devem estar disponíveis. E mais, o indivíduo deve ser capaz de entender quais são as implicações da ação pretendida dentro do contexto sócio-político-econômico em que vive para que possa, de fato, “escolher” agir de um ou de outro modo. Para que possa, nas palavras do ilustre economista, exercer ponderadamente sua condição de agente<sup>58</sup>.

Somente num ambiente onde haja *liberdade substancial* de escolha a respeito das maneiras de exercer a cidadania<sup>59</sup> é que se poderá falar em Estado Democrático.

Neste sentido, essa liberdade específica, carregada de conteúdo e significado, pode ser vista tanto como parâmetro limitativo da atuação estatal no meio econômico quanto como razão das políticas de intervenção.

57 PÉTTET, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.80.

58 A expressão “condição de agente” é utilizada por Amartya Sen para designar a posição do indivíduo detentor de “liberdade substantiva”. Nas palavras do autor, “a segunda razão para considerar tão crucial a liberdade substantiva é que a liberdade é não apenas a base da avaliação de êxito e fracasso, mas também um determinante principal da iniciativa individual e da eficácia social. Ter mais liberdade melhora o potencial das pessoas para cuidar de si mesmas e para influenciar o mundo, questões centrais para o processo de desenvolvimento. A preocupação aqui relaciona-se ao que podemos chamar (correndo o risco de simplificar demais) o “aspecto da condição de agente” [agency aspect] do indivíduo” (SEN, *op. cit.*, p.33).

59 Para Sarlet, “A liberdade de participação política do cidadão, como possibilidade de intervenção no processo decisório e, em decorrência, do exercício de efetivas atribuições inerentes à soberania (direito de voto, igual acesso aos cargos públicos, etc.), constitui, a toda evidência, complemento indispensável das demais liberdades” (SARLET, *op. cit.*, p.61). Para Sen, o exercício desta liberdade política é impossível sem condições materiais e intelectuais de ação.

## 6. Promoção dos Direitos Humanos: baliza legitimadora para o exercício do Poder Político

A carência por legitimação em ordenamentos que se caracterizam pela autoridade estatal é explicada a partir do próprio conceito de poder político. Este meio de poder – *estatal* –, diferenciado das estruturas de domínio em sociedades tribais, se constitui em formas de Direito ou ordenamentos jurídicos que se nutrem da legitimidade política<sup>60</sup>.

Os Estados modernos caracterizam-se pelo fato de o poder político constituir-se na forma do direito positivo. Este não exige dos seus endereçados apenas reconhecimento de fato, ou simples aceitação da obrigatoriedade derivada da autoridade. O Direito positivado pleiteia, também, *merecer* reconhecimento<sup>61</sup>. Por isso, para a legitimação de um ordenamento estatal constituído na forma da lei é necessária uma base de fundamentação política apta a consolidá-lo como digno de ser reconhecido pela coletividade.

As normas jurídicas devem ter uma qualidade tal que, além de serem consideradas em seu aspecto de lei obrigatória, possam traduzir os anseios de segurança e justiça emanados do corpo coletivo. Em suma, deve ser possível que o indivíduo cumpra uma norma não apenas porque é obrigatória, mas também, porque é legítima.

Surge um problema, entretanto, ao se tentar definir a base de legitimidade dos ordenamentos jurídicos modernos, uma vez que não há mais a possibilidade de submetê-los ao crivo da Lei Natural – fundamentada religiosa ou metafisicamente – ou da moral. Estas duas bases de legiti-

---

60 HABERMAS, Jürgen. *Sobre a legitimação pelos direitos humanos*. In MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. *Direito e Legitimidade*, p.67-82. – São Paulo: Landy Livraria Editora, 2003.

61 Ao tratar da validade das normas jurídicas no direito positivo, Dworkin traz à baila as diferenças entre as concepções de J. Austin e H. L. A. Hart. O principal ponto distintivo, em sua opinião, é aquele que, mesmo nas teorias do direito mais modernas, faz-se necessário, de uma ou de outra maneira, como fator preponderante: a aceitação da norma por parte dos administrados. “Uma regra nunca pode ser obrigatória somente porque um indivíduo dotado de força quer que seja assim. Ele deve ter *autoridade* para promulgar essa regra...” (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. – São Paulo: Martins Fontes, 2011, p.32). Tal autoridade pode derivar tanto da aceitação direta dos administrados quanto de outra norma (válida e de aceitação não questionada) que dê ao governante o poder de legislar da maneira que pretende. No sentido adotado neste trabalho a validade não depende apenas da aceitação da autoridade, mas também do reconhecimento, por parte da sociedade, de que a promoção dos seus interesses seja, de alguma forma, garantida pela norma jurídica em questão.

mação universalmente válidas foram, aos poucos, desintegrando-se, tanto pela evolução histórica dos postulados da ciência jurídica quanto pelo *pluralismo* inerente às modernas sociedades, atributo inconciliável com visões de mundo integrativas e éticas universalmente vinculantes.

Habermas aponta que a ciência política, no correr de seu desenvolvimento teórico, deu dupla resposta à questão da legitimidade do poder político: *soberania do povo e direitos humanos*. As teorias liberais, entretanto, conferiram primazia aos direitos humanos em face da soberania do povo ao denunciarem o perigo das maiorias tirânicas<sup>62</sup>.

Não seria equivocada a conclusão de que tal prioridade deve-se não apenas ao fato de alguns dos direitos que compunham a tábua de direitos fundamentais do liberalismo imporem-se como condição para o efetivo exercício da vontade popular (como os direitos políticos). Outros direitos como, como a liberdade, que pretendem garantir aos indivíduos autonomia privada e chances iguais de conquista de seus projetos pessoais de vida, pareciam evidenciar um valor intrínseco, não se esgotando em mera função instrumental para a formação democrática da vontade.

Há uma relação interna entre democracia e direitos humanos<sup>63</sup>. A liberdade, em especial, cujo conteúdo atual apresenta contornos muito mais amplos que a liberdade idealizada pelos liberais, ultrapassa o valor de condição de exercício democrático do poder político para tornar-se medida de sua legitimidade.

Isto quer dizer que o nível ou a qualidade das *condições materiais* colocadas à disposição dos indivíduos para o exercício *desta liberdade* apresenta-se como medida de legitimidade do exercício do poder político.

Como demonstrado, é responsabilidade do Estado superar as desigualdades sociais e instaurar um regime democrático calcado na efetivação dos direitos fundamentais. Esta responsabilidade se torna ainda mais premente quando o exercício do poder político passa a exigir a satisfação destes direitos como critério de legitimidade.

Ao tratar das formas de atuação do Estado no domínio econômico estamos, sem dúvida, nos referindo à maneiras de exercício do poder político. Por isso, ao interferir nos processos econômicos o Estado *não pode perseguir um modelo de desenvolvimento dissociado da promoção daqueles direitos que representam o fundo legitimador do seu poder*.

62 HABERMAS, *op. cit.*, *passim*.

63 Ver SARLET, *op. cit.*, p.58-62.

A legitimidade das políticas econômicas interventivas adotadas em um Estado Democrático de Direito será dada, de modo mais amplo, *pela sua adequação a um conceito mais completo de liberdade.*

Não podemos olvidar que, em face do dever de administrar com eficiência o complexo conjunto de relações e processos que compõem a economia nacional, o Estado não exerce apenas as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, conforme preconiza o art. 174 da Constituição<sup>64</sup>. Invariavelmente a Administração é obrigada a intervir diretamente na economia, atingindo de maneira incisiva o âmbito econômico privado.

O que deve chamar a atenção, seja qual for a denominação que se adote para classificar a intervenção estatal, o que realmente importa é verificar se, na execução de suas políticas econômicas e nas subsequentes formas de ação do Estado, ele cumpre os princípios e as regras constitucionais; se respeita os direitos e as garantias individuais e coletivos que regem o desempenho das atividades econômicas, definindo as atribuições de cada um dos partícipes do mercado, quer se trate de agentes econômicos públicos ou privados<sup>65</sup>.

Como vimos, o Estado Democrático tem o dever de concentrar esforços na realização de finalidades específicas, conectadas com um ideal de desenvolvimento pautado na liberdade plena, cujo exercício pressupõe a concretização dos Direitos Humanos. Semelhante constatação não permite relegar ao Estado uma função acessória na economia. Confirma, por outro lado, a *obrigação* que compele o ente estatal a adotar *medidas existenciais* em favor de indivíduos ou grupos que, em função de condicionamentos pessoais ou sociais, não são capazes de, por si só, desenvolverem sua personalidade.

Por isso, mesmo os atos de intervenção direta na economia deverão estar corretamente motivados em face do dever de garantia e de promoção dos direitos humanos fundamentais, e concretamente autorizados pela demonstração prévia dos resultados práticos, que também deverão promover, de alguma maneira, o bem-estar social<sup>66</sup>.

64 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, op. cit.*, art. 170.

65 VAZ, Isabel. *A intervenção do Estado no domínio econômico: condições e limites*. In *A intervenção do Estado no domínio econômico: condições e limites*/ Ives Gandra da Silva Martins Filho, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (Coord.), p.45-82. – São Paulo: LTr, 2011, p.46.

66 Essa parece ser uma assertiva óbvia, mas como assevera Giovani Clark: “A intervenção do Estado brasileiro no domínio econômico sempre perdurou através dos tempos, independentemente de possuímos uma economia agrícola ou industrial

A legitimidade das políticas interventivas só pode ser dada, portanto, pela sua correspondência com o objetivo democrático de realização dos direitos humanos.

## BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. – São Paulo: Malheiros, 2008.
- BAGNOLI, Vicente; BARBOSA, Susana Mesquita; OLIVEIRA, Cristina Godoy. *História do Direito*. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. – 8ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988.
- CARVALHO NETTO, Menelick. *Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. In *Revista Brasileira de Direito Comparado*, v. 3, p.473-486. – Belo Horizonte, 1999.
- CLARK, Giovani. *Política Econômica e Estado*. In *Questões Polêmicas de Direito Econômico*. CLARK, Giovani; SOUZA, Washington Peluso Albino, p.67-82. – São Paulo: LTr, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. – São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- GADAMER, Hans-Georg. *O Problema da Consciência Histórica / Pierre Fruchon (Org.)*. – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- \_\_\_\_\_, *Reformas Constitucionais e a Identidade da Constituição Econômica*. In *15 Anos de Constituição / José Adércio Leite Sampaio (Coord.)*, p. 182-187. – Belo Horizonte: Del Rey, 2004b.
- \_\_\_\_\_, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. – São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

---

[...] Infelizmente, o referido intervencionismo sempre teve como marca registrada, já em suas raízes históricas, a supremacia dos interesses privados sobre os sociais e os públicos” (CLARK, Giovani. *Política Econômica e Estado*. In *Questões Polêmicas de Direito Econômico*. CLARK, Giovani; SOUZA, Washington Peluso Albino, p.67-82. – São Paulo: LTr, 2008, p. 77.

HABERMAS, Jürgen. *Sobre a legitimação pelos direitos humanos*. In MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. *Direito e Legitimidade*, p.67-82. – São Paulo: Landy Livraria Editora, 2003.

JEYCIC, Vladmilson. *O Respeito aos Direitos Humanos como Pressuposto da Democracia*. In: OLIVEIRA, Márcio Luiz. (Org.) *Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos: Interface com o direito constitucional contemporâneo*. – Belo Horizonte: ed. Del Rey, 2007.

LOPES, José Reinaldo Lima. *O Direito na História*. – 2ª ed. – São Paulo: Max Limonad, 2002.

PAZZINATO, Alceu Luiz; SENISE, Maria Helena Valente. *História moderna e contemporânea*. - São Paulo: Ed. Ática, 1994.

PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa. Artigo 2º. VII Revisão Constitucional*. 2005. Disponível em <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublica>

[Portuguesa.aspx](http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublica)>, acesso em 02.07.2013, às 09:57h. 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum: A ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. - 6ª ed. - São Paulo: Cortez, 2007.

\_\_\_\_\_, *Um Discurso Sobre as Ciências*. - 5ª ed. - São Paulo: Cortez, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. – São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. - São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 6 ed. - São Paulo: LTr, 2005.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. - Belo Horizonte: ed. Del Rey, 2002.

VAZ, Isabel. *A intervenção do Estado no domínio econômico: condições e limites*. In



A intervenção do Estado no domínio econômico: condições e limites/ Ives Gandra da Silva Martins Filho, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (Coord.), p.45-82. – São Paulo: LTr, 2011.

\_\_\_\_\_, *Aspectos da Constituição Econômica na Ordem Constitucional em Vigor. In Estudos de Direito Constitucional: homenagem ao Prof. Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza / Adhemar Ferreira Maciel, et. al. (Corrd.)*, p.247-265. – Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

