

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

Carlos Jorge Martins Simões

Os Direitos Sociais Clássicos e Universais – O Estado Social e o
Estado Democrático de Direito

DOUTORADO EM CIÊNCIAS SOCIAIS

SÃO PAULO
2012

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

Carlos Jorge Martins Simões

Os Direitos Sociais Clássicos e Universais – O Estado Social e o
Estado Democrático de Direito

Tese apresentada à Banca Examinadora
da Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo, como exigência parcial para
obtenção do título de Doutor em Ciências
Sociais: Política, sob a orientação do
Professor Doutor Miguel Wady Chaia.

DOUTORADO EM CIÊNCIAS SOCIAIS

SÃO PAULO
2012

Banca Examinadora

AGRADECIMENTO

Agradeço ao Professor Doutor Miguel Wady Chaia pela orientação criteriosa e sugestões de pesquisa.

SIMÕES. Carlos Jorge Martins. Os Direitos Sociais Clássicos e Universais – O Estado Social e o Estado Democrático de Direito. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012.

RESUMO

O Estado Democrático de Direito é uma formação jurídico-institucional de natureza distinta do Estado Social. Sua instituição não resultou da simples reforma do Estado de Direito e do Estado Social, mas de sua síntese histórica e lógico-categorial. Apresenta distinções e especificidades, cuja densidade política exigiu a constitucionalidade de uma formação estatal própria.

Instituiu pioneiramente os direitos sociais universais, integrados aos direitos civis e políticos, em uma unidade categorial indivisível, interdependente e inter-relacionada. Tal decorre da instituição pioneira dos Princípios e Garantias Fundamentais, conjugada com valores éticos constitucionais, que insemینam novas instituições estatais. Em decorrência, vincula a ação estatal às políticas sociais por meio de planos, programas e projetos. E, para isso, de modo original, separou a Ordem Econômica e Financeira da Ordem Social, superando a concepção mecanicista anterior, por meio de diretrizes axiológicas, desvinculadas da lógica do mercado, a serem efetivadas pela iniciativa estatal, com a participação da sociedade civil.

Os direitos sociais adquiriram uma nova natureza jurídico-política, cuja apreensão exige não somente o critério teleológico, reduzindo-os à sua finalidade social (necessidades básicas), mas sobretudo o critério institucional, com base nos pressupostos de sua aquisição, que nos permite distingui-los em *clássicos*, vinculados às relações de trabalho e *universais*, às relações de consumo e renda. Sua universalização coaduna-se com a instituição da democracia participativa, com novos vínculos funcionais e a reforma das competências estatais. Promove a superação da separação rígida e tradicional entre o Estado e a sociedade civil; a democracia direta, sobretudo por meio por meio dos conselhos, na instituição das políticas sociais e na fiscalização de sua execução, assim como a iniciativa popular das leis; a municipalização tridimensional; a autonomia administrativa, financeira e funcional do Poder Judiciário; novas competências e encargos do Ministério Público e da Defensoria Pública, agora titulares dos interesses transindividuais; e novas garantias constitucionais para maior efetividade dos direitos.

Palavras-chave: , direitos sociais clássicos e universais, Estado Democrático de Direito, ética constitucional, Ordem Social, políticas sociais

ABSTRACT

The democratic rule-of-law is a legal-political formation of a different nature of the welfare state. Its institution has not resulted from the reform of the rule-of-law and the welfare state, but its historical and logical-categorical synthesis. It presents unique distinctions and specifications, in which political density required the constitutionality of its own state formation.

It originated pioneer universal social rights, integrated into civil and political rights, forming an indivisible interdependent and interrelated category. This follows from the insemination of Fundamental Principles and Guarantees, coupled with constitutional ethical values, which ends in new state institutions. As a result, it links the state onto social policies applied through plans, programs and projects. In an original way it separated the Economic and Financial Order from the Social Order, characterizing it not as a mere reflection of mechanistic economic development, but by a set of axiological guidelines disconnected from the market, to be enforced by state initiative with the participation of civil society.

Social rights acquired thus a new legal-political nature, which requires not only the seizure of teleological criteria, generally reduced into social purposes like the minimum basic necessities, but by institutional criteria, based on assumptions of its acquisition, allowing the distinction into classic, linked to employment and universal which is related to incomes. Its universalization is consistent with the institution of participatory democracy, with new functional links and the reform of state policies.

It thus promotes the overcoming of the traditional strict separation between state and civil society by direct democracy, particularly through councils as it assists in the establishment and control of social policies, as well as the federal decentralization of the judiciary branch in three dimensions; administrative, financial and functional and also new institutional competencies and charges for Federal and State Courts which are holders of the new and more effective constitutional rights.

Keywords: social rights, classics and universals, Democratic Rule-of-Law State, constitutional ethics, Social Order, social politics

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
PARTE I – FORMAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS SOCIAIS.....	24
CAPÍTULO I – O Processo de Instituição dos Direitos Sociais no Contexto da História Europeia dos Direitos Humanos	24
CAPÍTULO II – O Processo de Instituição dos Direitos Individuais, Coletivos e Sociais no Brasil.....	45
1. O Estado Imperial - A instituição dos direitos civis e políticos.....	45
2. A República - O Estado Liberal de 1891	50
2.1. O presidencialismo e o federalismo	50
2.2. O processo de institucionalização dos direitos sociais	55
3. O Governo Provisório de 1930	62
4. A Assembleia Nacional Constituinte de 1933	69
5. O Estado Social Corporativista - A Constituição de 1934.....	74
6. O Estado Novo - A Constituição de 1937	91
7. O Estado Social Liberal - A Constituição de 1946	95
8. O Regime Militar	103
9. O Estado Social Ditatorial - A Constituição de 1967	111
10. A Reforma de 1969	118
11. O Estado Democrático de Direito - A Constituição de 1988	133
PARTE II – ANÁLISE E CONCEITUAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.	143
CAPÍTULO I – Os Direitos Sociais na Constituição de 1988 – Conceito	143
1. Os direitos fundamentais: individuais, coletivos e sociais	143
2. Forma e conteúdo dos direitos sociais	144
CAPÍTULO II – Direitos Sociais Clássicos e Direitos Sociais Universais: Qualificação	156
1. Direitos sociais clássicos – relações de produção – trabalho – setorialização.....	160

2. Direitos sociais universais – relações de reprodução ou de consumo - do trabalho para a renda	163
3. A universalidade como princípio geral dos direitos humanos	175
3.1. A universalidade dos direitos sociais – proteção integral e ideologia	185
3.2. Os valores da dignidade, do trabalho e da solidariedade.....	188
3.3. A questão da efetividade dos direitos sociais universais	194
3.4. Políticas sociais – cooperação, subsidiariedade, dotações orçamentárias e descentralização	206
3.5. Natureza política dos direitos sociais.....	215
a) Os direitos sociais como direitos da pobreza	216
b) Unidade conceitual e integralidade recíproca	221
PARTE III – OS DIREITOS SOCIAIS E A NATUREZA DO ESTADO ..	223
CAPÍTULO I – Estado de Direito, Estado Social e Estado Democrático de Direito – Fundamentos.....	223
1. Estado de Direito	223
2. Estado Social	227
3. Estado Democrático de Direito	233
CAPÍTULO II – Estado Democrático de Direito – Pressupostos dos Direitos Sociais.....	246
1. Estado e sociedade civil – A dimensão ética e a pessoa como centro de ação do Estado	246
a) Superação da dicotomia rígida entre Estado e sociedade civil	247
b) Os valores ético-constitucionais como centro do Estado Democrático de Direito	264
2. A democracia direta e a participação popular – os conselhos (políticas, planos e programas) - referendo, plebiscito e iniciativa popular das leis. O controle social	270
3. A ordem social e a ordem econômica – o determinismo	

econômico e as políticas de Estado.....	282
4. A municipalização: bidimensionalidade do Estado Social e tridimensionalidade do Estado Democrático de Direito	290
5. O Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública..	300
6. As garantias constitucionais: mandado de segurança coletivo, ação civil pública, mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, arguição de descumprimento de preceito fundamental e ação declaratória de inconstitucionalidade	300
PARTE IV – CONCLUSÃO.....	312
BIBLIOGRAFIA	320

INTRODUÇÃO

O tema desta tese situa-se no âmbito geral da ciência política, especificamente na teoria geral do Estado, com enfoque no Estado Democrático de Direito, tal como instituído, no Brasil, pela Constituição de 1988 e suas dimensões distintivas com relação ao Estado Social, vigente desde 1934, sem alterações substanciais até a Constituição de 1988. Nesse sentido, os direitos sociais, descritos nos artigos 6º a 11º do texto constitucional, tornaram-se um tema relevante, porque somente parte deles (trabalhistas, previdenciários e sindicais) foi instituída com eficácia pelo Estado Social, desde sua origem; enquanto os demais somente o foram a partir da Constituição de 1988, por meio da implementação de políticas sociais, conselhos, fundos e planos. Sob os dois aspectos, de qualquer forma, os direitos sociais adquiriram, no Estado Democrático de Direito, uma forma institucional que os distingue, substantivamente, da longa tradição anterior.

Por isso, nesse contexto, priorizamos a natureza e o processo de institucionalização dos direitos sociais no que diz respeito às instituições fundamentais do Estado Democrático de Direito, em uma expressão conjugada, pioneiramente, com valores éticos fundamentais, igualmente instituídos, com força normativa, no corpo dos princípios fundamentais republicanos; que lhe atribuem uma alteração substantiva político-institucional com relação às formações estatais anteriores. Também em conjugação com outros dispositivos inovadores que, no decorrer do texto constitucional, evidenciam novas dimensões institucionais e que especificam a natureza democrática do Estado, em contraste com o Estado Social. São elas: a superação da dicotomia rígida entre o Estado e a sociedade civil; a separação formal entre a Ordem social e a Ordem Econômica e Financeira, com relevantes efeitos, sobretudo a superação da concepção economicista daquela ordem, que caracterizava o Estado Social; a assunção da pessoa como centro da ação estatal, superando a concepção patrimonialista e contratualista anterior, com fundamento na prevalência da valoração ético-constitucional, plasmando a ação estatal, sobretudo o valor da dignidade; a instituição da

democracia direta e participativa; e, ainda, a inovadora integração dos municípios, a par dos Estados e da União, no regime federativo, sob os princípios da descentralização tridimensional. Esta última uma inovação que instituiu o princípio da municipalização das ações estatais, tanto na deliberação das políticas sociais, como na repartição federativa orçamentária e fiscalização de sua aplicação.

No estudo desta temática, iniciamos com o levantamento da história da formação do Estado brasileiro, desde 1824, para apreender, *pari passu*, eventuais referências a ações estatais de conteúdo social, segundo sua concepção, na época e comparar sua natureza jurídico-política originária com a instituída em 1988, em seu significado institucional atual.

Para tanto, igualmente a instituição dos direitos individuais, civis e políticos, por ser o pressuposto histórico e lógico-categorial de sua distinção, face aos direitos sociais; em que pese a assertiva de Carvalho (2008, p.111-112) de que, no Brasil, estes foram instituídos sem a prévia garantia daqueles, como analisaremos adiante.

Contudo, no curso desta pesquisa, vimo-nos compelidos a reajustar essa temática inicial, ao constatar uma obscuridade que persistiu nesse levantamento e análise e que nos obstaculizava a apreensão da natureza jurídica e política dos direitos, em seu significado atual. Verificamos que parte dos direitos sociais, a saber, os trabalhistas, previdenciários e sindicais, desde sua instituição getulista, evidenciaram-se definitivos e, mais ainda, crescentemente ampliados a cada nova formação estatal e, sobretudo, com a de 1988. A par disso, no entanto, os demais direitos (entre os descritos no referido artigo 6º da Constituição de 1988), ao contrário, somente foram instituídos, como tais, em 1988, como o direito ao trabalho, à alimentação, à moradia, ao lazer, à segurança e à assistência social aos desamparados; os demais, embora também referidos às necessidades básicas da população, sobretudo a educação e a saúde, desde 1934, não foram instituídos como direitos subjetivos públicos, mas apenas diretrizes programáticas, dependentes das iniciativas políticas governamentais. É certo que, a partir de 1946, passaram a adquirir maior eficácia, mas sem a formulação de políticas de

âmbito nacional, conjugadas com políticas estaduais e municipais, fundos e planos de sua implementação efetiva, inseridos no sistema federativo, descentralizado e participativo; especialmente com o prestigamento dos municípios e muito menos com vinculações orçamentárias nos três níveis federativos.

Fomos assim compelidos a proceder à apreensão fática e teórica dessa distinção, que se impôs como um necessário e imprescindível aprofundamento de nossa temática, fundamental para sua qualificação, distinção e teorização; e, por conseguinte, da própria natureza do Estado Democrático de Direito, em comparação com suas dimensões distintivas do Estado Social.

Ocorre que, após esse levantamento, ao analisarmos a natureza institucional dos direitos sociais no interior da Constituição de 1988, deparamo-nos, ainda, com uma rede de vínculos e conexões lógicas internas, que nos remeteu a outras instituições estatais; as quais, no conjunto, revelaram-nos a inseminação de um novo significado político-institucional, que então passamos a correlacionar no decorrer de nossa pesquisa e que definem propriamente a natureza do Estado Democrático de Direito. Isso considerando o fato de a maior parte, desde então, ter sido objeto de legislação infraconstitucional, que também examinamos.

Porém, limitamo-nos à análise de sua institucionalidade jurídico-política e, por isso, com a ponderação do grau de sua efetividade, somente na medida em que esta se evidenciou diretamente decorrente daquela; sem envolver as demais determinações políticas, sociais e econômicas, que igualmente a afetam. Isto porque nosso objeto refoge da análise das determinações pelas quais os direitos sociais são ou não são efetivamente assegurados às parcelas da população. Não é esse nosso objeto. Este limita-se a apreender as distintas naturezas institucionais desses direitos, segundo os requisitos de sua respectiva aquisição para o acesso aos bens a que se referem, sob o pressuposto, no entanto, de que tal conhecimento é condição prévia de sua efetividade. Esse pressuposto assenta no conceito de que a natureza formal e institucional dos direitos também condiciona o próprio contexto relacional de sua efetividade; porque a apreensão específica desse condicionamento

contribui para a formulação dos próprios limites dessa efetividade ou, no dizer de certos estudiosos, da eficácia social de suas finalidades institucionais. E porque a institucionalidade, especialmente no âmbito das políticas sociais, é condição intrínseca de sua própria efetividade e, portanto, da disponibilidade da ação estatal como sua condição imprescindível. Mas, embora sem desprezar os elementos formais apresentados pela teoria funcionalista (Tolbert e Zucker, 1983), segundo os quais o processo de institucionalização dos direitos visa a : a) legitimar procedimentos; b) assegurar mudanças (porque a institucionalização é condição de sua efetividade); c) assegurar sua reprodução contínua; d) superar as práticas aleatórias e casuísticas anteriores, para afirmar sua força instituinte; no entanto, visamos compreender esse processo por meio da apreensão da especificidade histórica e institucional dos direitos como categorias primárias de nossa análise e não, apenas, no limite da funcionalidade e da elaboração da racionalidade das instituições. Nesse sentido, adaptamos os conceitos de Borges (2007, p.121/143) e tomamos, como base histórica da institucionalidade, os fundamentos pelos quais o trabalho, no capitalismo, foi socialmente revalorizado e regulado por leis e órgãos estatais especializados; ao mesmo tempo em que seu significado anterior foi destruído e reduzido ao atendimento das necessidades básicas. Com a perda do controle dos meios de produção e o trabalho dividido e parcelado, a institucionalização dos direitos formulou-se, assim, por meio de um processo de significação de duplo efeito. Primeiro, materialmente, o estranhamento com o produto resultante, em que a alienação promove a perda da oportunidade de uma ação crítica e emancipatória do trabalhador, como significado de sua própria existência. Segundo, formalmente, consistindo na passagem da esfera privada (economia doméstica) para a esfera pública, em um processo de publicização e politização que significa a canalização, de alguma forma, do próprio processo de vida laboral para o domínio público, com o Estado assumindo os encargos sociais, por meio da intervenção nas relações de trabalho privadas; visto que a privacidade doméstica passou a ser integralmente determinada pelo trabalho. Nesse sentido, a esfera pública

tornou-se função da vida privada, como meio de organizar e dividir o trabalho pela gerência científica e tecnológica.

Foi tal concepção que nos propiciou apreender, em seguida, a ambiguidade que o processo de institucionalização dos direitos sociais apresenta: de um lado, como expressão formal da conquista social, resultante das lutas dos movimentos e associações populares da sociedade civil, desde os anos 1980 e, sobretudo, durante a constituinte de 1987 e sua inserção entre os Direitos e Garantias Fundamentais do Estado Democrático de Direito, por meio de políticas sociais; de outro, o processo pelo qual essas políticas, uma vez vinculadas à satisfação das necessidades básicas e ao mercado de consumo, com base no aferimento de níveis de renda familiar, definidores da situação de carência, promovem a ocultação das determinações dessa situação, resultantes da crise das relações de trabalho, da globalização e reestruturação produtiva.

Entretanto, embora nosso objeto esteja assim delimitado, o mesmo pressuposto teórico não nos permitiu descartar a ponderação do fato da efetividade desses direitos; embora, pelo exposto, apenas desse fato e não de suas determinações políticas, sociais e econômicas. Mas na medida em que expresse as dimensões distintivas da própria natureza institucional dos direitos sociais; a qual, salvo erro, ainda não foi completamente formulada nessas condições. Também porque a formulação de suas distinções formais contribui para a compreensão da própria natureza do Estado Democrático de Direito e sua distinção face ao Estado Social.

O objeto de nosso estudo, portanto, é a análise dos direitos sociais, tal como formalmente instituídos pela Constituição de 1988, por entendermos que a forma de sua institucionalidade integra sua própria natureza, que não pode ser reduzida, portanto, apenas às condições de sua efetividade. Assim, entendemos que a contradição entre esta e sua forma institucional não pode ser examinada reduzindo-a àquela, como se sua natureza somente assim pudesse ser apreendida e, cujas deficiências, por conseguinte, não podem ser atribuídas, apenas e singelamente, às políticas governamentais, às voltas,

permanentemente, com o conflito de interesses parlamentares nas câmaras municipais, nas assembleias legislativas e no Congresso Nacional.

Nosso objeto, por isso, tem por pressuposto que a institucionalidade dos direitos sociais *de jure constituendo* é uma das condições intrínsecas de sua própria efetividade.

A presente tese nos foi suscitada, há alguns anos, inicialmente, a partir de uma simples indagação, de aparência meramente retórica, referente ao significado da denominação da República brasileira, pela Constituição de 1988, como constituinte do “Estado Democrático de Direito”. Que significado teria essa denominação inovadora, vez que nunca instituída anteriormente? De fato, em sua gênese, a instituição da República, em 1891, denominou-a de “Estados Unidos do Brasil”, denominação esta mantida incólume em 1934, quando se inaugurou o Estado Social, no país; assim como no Estado de 1937 e no de 1946, sendo alterada para “República do Brasil” (sem a expressão “Estados Unidos”) em 1967 e mantida na reforma de 1969.

Observamos que não se tratava de interpretar apenas tecnicamente o significado dos qualificativos “democrático e de direito”, segundo os métodos tradicionais da hermenêutica jurídica. Nossa indagação tinha por pressuposto o princípio da universalidade dos direitos sociais para o significado do Estado Democrático de Direito, com relação ao Estado Social e ao Estado de Direito.

De início, fundamentamo-nos nos conceitos desenvolvidos pela teoria do Estado, razoavelmente consolidados, basicamente de que o Estado Social é o que assegura os direitos sociais e o Estado de Direito as liberdades civis e políticas; considerando a inexistência de qualquer estudo, cientificamente aceito, que comprove uma relação intrínseca entre os dois, isto é, de que o Estado Social é necessariamente um Estado de Direito e sua recíproca. Assim, ao examinarmos a história do Estado brasileiro, que investigamos especificamente com relação aos direitos sociais, constatamos que o Estado Social, inaugurado desde 1934, até hoje, jamais deixou de o ser, em nosso país; não tendo sido sempre, no entanto, Estado de Direito; como, por exemplo, o Estado Novo e o regime militar. E, ao contrário, tendo sido de direito sem ser social, como foi a República de 1891.

Pretendemos demonstrar, sob esse aspecto, que o Estado que se declara democrático e de direito tem por pressuposto, necessariamente, os direitos assegurados pelo Estado Social e de Direito, em superação dessa longa ambiguidade histórica, em que não estavam necessariamente vinculados. Acrescentamos, por isso, que esses qualificativos decorrem justamente da natureza dos direitos sociais, tal como instituídos de forma inovadora nos arts 6º a 11 da Constituição de 1988, os quais passaram a ter por fundamento jurídico e político os direitos individuais civis e políticos; desde que ponderada a distinção, acima referida, no tema, entre os direitos trabalhistas, previdenciários e sindicais e os demais direitos, de natureza universal, conjuntamente discriminados nos referidos dispositivos.

Essa indagação também nos compeliu a examinar a expressa adoção, pelos constituintes de 1987, do significado jurídico-político da expressão Estado “democrático”. Significa a superação do Estado Social, até então vigente ou, apenas, uma nova fase, mais aprofundada que, entretanto, não alterou a natureza institucional deste último? No decorrer de nossa pesquisa dos textos constitucionais, após compará-los, constatamos que a Constituição de 1988, entre outras alterações substanciais, ao instituir os direitos sociais, sobretudo os de natureza universal, promoveu uma rede de instituições estatais e da sociedade civil, umas novas e outras anteriores, mas com formato inovador, como por exemplo, a participação da população na deliberação das políticas públicas por meio dos conselhos, de caráter eletivo; que, no conjunto, expressam a natureza propriamente democrática do Estado e não apenas social, como pretendemos demonstrar na PARTE III. O que, reiteramos não significou uma ruptura institucional com a longa tradição deste último, visto que manteve e até aprofundou os direitos sociais clássicos. No entanto, expressa a superação daquela ambiguidade porque, no Estado Democrático de Direito, a instituição dos direitos sociais passou a ter por pressuposto imprescindível o próprio Estado de Direito. A implementação dos direitos sociais ficou então vinculada à garantia dos direitos individuais civis e políticos, não sendo por acaso a instituição da participação direta da população nos conselhos

deliberativos e fiscalizadores, para a implementação dos direitos sociais, um direito político bastante caro à ordem democrática.

Além disso, entre as várias alterações que expressam essa mudança qualitativa, exsurge, desde logo, no pórtico da Constituição de 1988, condicionando todas as demais instituições constitucionais, a introdução dos princípios fundamentais da República, no Título I, com os direitos e garantias fundamentais; no Capítulo I, sobre os direitos e deveres individuais e coletivos; e, sobretudo, no Capítulo II, sobre os direitos sociais; assim como, no Título VIII sobre a Ordem Social. Esses princípios não expressam, apenas, uma alteração formal na concepção dos textos constitucionais até então vigentes; mas uma nova concepção política do Estado, com fundamento na instituição da ética constitucional, repercutindo na própria estruturação das ações estatais, em parceria com a sociedade civil, inclusive sobre a política orçamentária, a descentralização das políticas sociais e a municipalização, como veremos. Esta constatação de que os direitos sociais integram-se aos direitos civis, políticos, econômicos e culturais, em uma unidade categorial indivisível, interdependente e inter-relacionada, em uma perspectiva integral, afasta a concepção tradicionalista que os visualiza apenas em gerações ou mesmo dimensões de sua formação histórica.

Uma segunda indagação, que resultou do aprofundamento da anterior, foi acerca da própria natureza jurídico-política dos direitos sociais. Ao examiná-los, constatamos que a mudança substantiva que o Estado Democrático expressa com relação ao Estado Social decorre, também, de uma distinção conceitual, apreendida em parte por alguns constitucionalistas, apenas de modo difuso, que nos vimos compelidos a enfrentar e que, ao final, nos parece demonstrar, com clareza, o conteúdo propriamente democrático do Estado. Verificamos que a nova Constituição agregou, no art. 6º, direitos sociais de natureza jurídico-política completamente diversa dos direitos sociais tradicionalmente instituídos e desenvolvidos pelo Estado Social, desde 1934. Tal fato nos exigiu o esforço teórico de formular a distinção entre os direitos sociais, que então passamos a denominar de *clássicos*, instituídos em 1934, desenvolvidos e ampliados desde então, inclusive pela Constituição de 1988,

mas sempre da mesma natureza (trabalhistas, previdenciários e sindicais e seus consectâneos); e novos direitos, não mais vinculados às relações de trabalho, mas a situações sociais caracterizadas por níveis de renda para o acesso ao consumo de bens imprescindíveis às necessidades básicas ou aos mínimos sociais, que denominamos de *universais* e que somente de forma rudimentar, apenas em seu conteúdo social, foram sendo instituídos pela longa tradição do Estado Social. E estes, em nossa tese, parecem-nos produzir uma alteração substantiva na própria natureza do Estado Social, promovendo uma nova fase da história do Estado brasileiro, pela qual se transmuda em Estado Democrático de Direito. Porque esses direitos, por sua própria natureza, exigiram novos vínculos institucionais, que descrevemos e analisamos nesta tese, entre a União, os Estados e os municípios, nos critérios de suas competências, inclusive orçamentárias; nos critérios de repartição das receitas; nos processos deliberativos de sua aplicabilidade, segundo as políticas sociais; e, sobretudo, na participação das parcelas da população interessadas na sua gestão, tanto deliberativa como fiscalizadora. Descentralização, municipalização, novas competências do Ministério Público e da Defensoria Pública, entre outras características do novo Estado, que examinamos na PARTE III, Capítulo II. Veremos, assim, que a instituição dos direitos sociais, especialmente os universais, implicou em uma nova estruturação institucional do Estado, que plasma o conjunto do texto constitucional, ao qual suas principais instituições se adequaram.

O método de investigação orientou-se por um princípio geral, que definiu três fases básicas de análise e investigação. De início, buscamos apreender, abstratamente e em caráter provisório (PARTE I – FORMAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS SOCIAIS), os conceitos fundamentais do Estado Democrático de Direito, com ênfase nos direitos sociais, tal como instituídos na Constituição de 1988 (arts 6º a 11 da Constituição de 1988), conectando-os retroativamente com o processo de instituição dos direitos sociais, no âmbito geral dos direitos humanos, em âmbito internacional, segundo a concepção geralmente aceita pelos estudiosos; e, no âmbito nacional, sua gênese desde a formação do Estado brasileiro (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967/69 e 1988). Na segunda

fase (PARTE II - ANÁLISE E CONCEITUAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS), à luz dessa apreensão histórica, passamos à integração e à comparação de seus elementos constituintes na análise do conceito atual de direitos sociais, para readequá-los concretamente, de modo a fundamentar, na terceira fase, nossa tese acerca dos direitos sociais e do Estado Democrático de Direito (PARTE III – OS DIREITOS SOCIAIS E A NATUREZA DO ESTADO).

Tais fundamentos foram formulados e reformulados à medida que a pesquisa dos dados empíricos, por ordem cronológica (PARTE I), permitia-nos avaliar a consistência das hipóteses, acima expostas. Ao final dessa pesquisa, procedemos à análise comparativa com os referidos fundamentos, reformulados parcialmente, inclusive pela pesquisa de novos dados, no caso os referentes à instituição dos direitos sociais (PARTE II); mas para apreender, teoricamente, sua categorização com relação aos demais direitos humanos. Neste caso, tratou-se de superar a apreensão inicial meramente cronológica desses dados, agora por meio da elaboração de conceitos integradores dos fundamentos teóricos, em abstrato e sua formulação, segundo as conexões lógicas em que se determinam, independentemente de sua instituição cronológica; inclusive quando sua significação conceitual se refletiu retroativamente na própria natureza da significação anterior, revelando-se hierarquicamente determinante. Por exemplo, como veremos, a determinação dos direitos individuais, civis e políticos como condição institucional dos próprios direitos sociais, em que pese alguns direitos individuais terem sido instituídos posteriormente. Num outro exemplo, ao contrário, a constatação do dever de o Estado assegurar a “instrução escolar” na Constituição de 1824 (art. 179 inciso XXXII), depois já sob o conceito de “educação” na Constituição de 1937 (art. 128/134), ampliado na de 1946 (art. 166/175) e seguintes, porém apenas como diretrizes programáticas do Estado; quando somente na de 1988, se tornou, então, um direito subjetivo público; e, num último exemplo, os próprios direitos clássicos, embora instituídos somente com a Constituição de 1934 se tornaram definitivos e sucessivamente ampliados. Dessa análise comparativa resultam os fundamentos expostos em seguida (PARTE III), de modo que a PARTE II se revelou como a mediação propriamente comparativa

e crítica entre a tarefa da pesquisa de dados empíricos e a formulação final dos fundamentos da presente tese.

Em decorrência das indagações expostas no item anterior, ficou claro que devíamos, inicialmente, proceder à pesquisa empírica sobre a instituição dos direitos individuais, civis e políticos, discriminados nos artigos 5º e 14 da Constituição de 1988, com base, retroativamente, no texto das constituições, desde a formação do Estado brasileiro, em 1824, com base nos documentos da época. Nessa pesquisa nos preocupamos, também, em apreender a eventual instituição de diretrizes programáticas do Estado acerca de conteúdos sociais que vieram a se tornar direitos sociais da população em 1988, como foi o caso da instrução escolar em 1824; e tal como formulados, desde a República Velha, por juristas e parlamentares, como Rui Barbosa e Maurício de Lacerda, este último por ser um dos parlamentares mais representativos na luta pelos direitos sociais.

A pesquisa documental centralizou-se, por isso, nos textos das referidas constituições, com as respectivas alterações, pertinentes ao objeto desta tese, basicamente por emendas constitucionais. Por exemplo, a Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926, que renunciava a crise de 1930, quando a Comissão Social do Congresso já estava extinta, desde 1919. Igualmente nas leis infraconstitucionais e ordinárias, cujos conteúdos explicitam os textos constitucionais. Nesse caso, sobretudo, durante a República Velha, em que os direitos trabalhistas, previdenciários e sindicais começaram a ser instituídos pela Comissão Social da Câmara dos Deputados, ao examinarmos os discursos de Maurício de Lacerda (que propôs o projeto do primeiro Código de Trabalho, em 1917) e seus comentários a respeito do Tratado de Versailhes e as Resoluções da I Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Washington em 1919; e o texto do famoso discurso de Rui Barbosa, em que adotou o liberalismo social. Sobretudo, os inúmeros decretos-leis do Governo Provisório, a partir de 1930. Face à importância da Constituição de 1934, pesquisamos informações, em biografias e sites como o do Planalto, sobre a história da Constituinte de 1933, suas principais forças políticas e suas lideranças, apenas com a finalidade de apreender a conceituação corporativista

dos direitos sociais que, no fundamental, manteve-se até ao Congresso Constituinte de 1987. Não vimos necessidade de pormenorizar sobre o conteúdo e significado dos direitos no Estado Novo e no Estado de 1946, mais do que os poucos documentos e historiadores citados nos revelaram, visto que sofreram alterações apenas complementares. Já no regime militar, examinamos os atos institucionais anteriores e posteriores à Constituição de 1967 e à reforma de 1969, com a surpresa de constatar um grande avanço dos direitos trabalhistas e previdenciários, a proliferação de leis complementares e ordinárias (por exemplo, o FGTS, a regulamentação das condições de higiene e segurança do trabalho e a legislação sobre o trabalho da mulher que, nessa fase, foi fortemente inserida no mercado de trabalho); assim como um amplo progresso na previdência social, cujos benefícios foram unificados e uniformizados, ao mesmo tempo que foi reduzida a idade mínima de trabalho para 12 anos de idade quando, segundo relatos da época, o país batia recordes de horas extras, os direitos políticos foram cassados, estabeleceu-se o arrocho salarial e os sindicatos praticamente imobilizados. Recorremos, então, aos estudos e análises pertinentes, para apreender o significado histórico dessa aparente ambiguidade, como expomos. Finalmente, utilizamos parte do farto material à disposição (livros e revistas), para o levantamento do processo de abertura política, embora restringindo nosso objeto à Constituinte de 1987 e ao texto constitucional de 1988.

Utilizámo-nos, em seguida, da pesquisa bibliográfica, para que nos fornecesse subsídios teóricos acerca da distinção que, empiricamente, já havíamos apreendido, entre os direitos sociais clássicos e os universais (embora ainda não tivéssemos formulado e fundamentado essa distinção). Cabe-nos ressaltar que, nesse momento, foi a análise da professora Amélia Cohn, sobre as distintas determinações entre as políticas sociais e econômicas, no contexto da globalização, que nos forneceu os fundamentos que adaptamos, sob nossa inteira responsabilidade, não somente para a explicação da separação entre a Ordem Social e a Ordem Econômica, como dimensão específica do Estado Democrático; como também para a distinção

entre os direitos sociais clássicos e os universais, com base em seu conceito de políticas sociais clássicas.

Para tanto, na PARTE I, examinamos o processo de instituição dos direitos sociais no âmbito geral do desenvolvimento dos direitos humanos no mundo ocidental, para situá-los no contexto histórico brasileiro.

Na PARTE II, procedemos ao levantamento empírico de sua instituição, nas diversas formas estatais, com base nas constituições brasileiras e legislação ordinária; abrangendo, inclusive, a inseminação dos rudimentos de algumas diretrizes estatais de conteúdo social, de caráter meramente programático, sobretudo a educação e a saúde, com especial relevo a partir da Constituição de 1934. Desse estudo resultou a constatação, como adiante exposto, de que essa distinção se obscurecia porque as constituições eram concebidas como uma carta de princípios políticos, que apenas deviam orientar a organização e o funcionamento do aparelho estatal, cuja eficácia ficava adstrita ao seu aspecto formal, de mera normatividade, apenas de natureza diretiva ou programática de eficácia jurídica condicionada a leis complementares. Isso em contraste com a Constituição de 1988, que passou a ser concebida materialmente como parte piramidal e integrante do edifício jurídico-político, provida de eficácia e, portanto, definidora da própria natureza do Estado que a instituiu. Análisa-la passou a significar analisar o próprio Estado como potência de efetividade de suas políticas sociais, distintas dos compromissos programático-eleitorais dos governos que as devem implementar, conjuntamente. Não por acaso se nos impôs, mais do que antes, a distinção entre políticas de Estado e políticas de governo, sintomaticamente inoperante no regime do Estado Social. Significa dizer que a Constituição de 1988 se tornou um texto normativo integrativo da realidade fática, ontologicamente; e não apenas um instrumento formal ou constituição com diretivas meramente políticas, como era considerada até então, com eficácia somente programática, a serem implementadas segundo os condicionamentos casuísticos dos governos, diretivas essas muitas vezes abstraídas e em desprezo das forças políticas integrativas da constituição real da sociedade. Por isso, no que se refere à qualificação do Estado Democrático

de Direito, em contraste com as formações estatais anteriores, Bonavides (2009, p.98) arrazoa que, na Constituição de 1988, a constituição real e a normativa se integram na totalidade do sistema, de modo que se torna mais fácil perceber e captar o espírito jurídico, que deve animar a ordem fundamental da sociedade.

Finalmente, na PARTE IV, resumimos os conceitos que fundamentam essa distinção e as conclusões que dela decorrem.

PARTE I – FORMAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS SOCIAIS

CAPÍTULO I – O Processo de Instituição dos Direitos Sociais no Contexto da História Europeia dos Direitos Humanos

A instituição dos direitos sociais, no Brasil, sofreu forte influência dos fundamentos políticos elaborados pelos teóricos da revolução francesa e norte-americana, que assentaram, em sua primeira fase, na garantia dos direitos individuais civis e políticos, integrativos do direito à cidadania. É consenso que esses direitos foram reivindicados, originariamente, pela burguesia, face ao absolutismo, atendendo a seus interesses específicos, sob a lógica do contrato e da propriedade privada; restritos, inicialmente, aos indivíduos que pagavam tributos ou tinham certa renda (tanto na França quanto nos EUA e Brasil), como veremos adiante. Porém, foram progressivamente ampliados, nas constituições do século XX, vindo a ser assegurados à população.

Com a finalidade de apreender o processo de instituição político-jurídica dos direitos sociais e, especificamente, a natureza de seu vínculo, extrínseco ou intrínseco, com o da formação dos direitos civis e políticos, consideramos as suas especificidades históricas brasileiras e fizemos, inicialmente, uma análise no âmbito internacional, na Inglaterra, à luz do desenvolvimento do conceito de cidadania, tal como exposto por Marshall (1967). Não do ponto de vista da história geral desses direitos, mas apenas quanto aos fatos e elaborações conceituais, que nos elucidem acerca do referido vínculo e ainda sobre o processo de sua universalização, a partir da titularidade originária dos trabalhadores (getulismo) em direção das demais parcelas da população (Estado Democrático de Direito).

1. A instituição dos direitos humanos no contexto mundial tem sido tradicionalmente concebida por uma sucessão de fases ou gerações cronológicas, em que esses direitos foram conquistados. Entretanto, segundo Bonavides (2006, p.571 - 572), a concepção geracional é inadequada, porque sugere uma sucessão cronológica de novos direitos, em um processo evolucionista de caducidade dos anteriores. Por isso, sugere a expressão

“dimensão” dos direitos como mais apropriada, visto que reflete a progressiva acumulação de valores que, em seu conjunto, constituem e complementam seu significado jurídico atual. Porém, mais do que isso, não se trata exatamente de um processo cumulativo, mas de integralização de valores, que se suscitam mutuamente, em sua precariedade histórica, segundo a tese de Flores (PRONER, 2011, p.214). E, segundo Marshall (1967), o reconhecimento dos direitos civis e políticos, em uma sociedade estruturada em classes sociais e na desigualdade, suscita os direitos sociais. Assim, além da aparência singular em que foram instituídos, segundo as vicissitudes históricas de cada formação social e de instituição do Estado Social, o processo de sua integralização revela sua complementação recíproca. É o que se constata no Estado Democrático de Direito, em que os direitos sociais são incompreensíveis sem os direitos civis e políticos; e o direito da igualdade formal sem a implementação da igualdade real. Todos assentados no reconhecimento dos direitos transindividuais e, sobretudo, no direito à democracia. Constituem-se, portanto, em uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, em uma perspectiva integral.

Cabe observar, preliminarmente, que a concepção dos direitos humanos, inaugurada basicamente pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, formulou a distinção entre direitos do homem e direitos do cidadão, geralmente confundidos pela concepção formalista e abstrata e pelo jusnaturalismo, no plano dos direitos individuais (CANOTILHO, 2000, p.387). Isto porque corresponde ao processo histórico, então inaugurado pela revolução burguesa, de formação dos Estados nacionais e, em sua jurisdição, limitada pelo conceito de nação e de soberania, pela rígida separação entre Estado e sociedade civil, entre os direitos políticos e os direitos civis, respectivamente. Devemos assim distinguir entre os direitos do homem, atribuídos pelo jusnaturalismo ao homem enquanto tal, em sua abstração genérica e metafísica (TRINDADE, 2011, p.55); e os direitos do cidadão, enquanto ser social e político, que aqui adotamos.

Não nos referimos, no entanto, ao conceito de cidadania concebido pelo liberalismo, identificado com o Estado nacional e restrito a uma única cultura,

língua, tradições, etnia e território, em nome do qual as desigualdades econômicas e as diferenças sociais devem ser abstraídas. Essa visão naturalista de cidadania ideal e abstrata refoge à própria natureza histórica e dinâmica do processo de instituição dos direitos humanos, ocultando as lutas sociais que estão na sua origem. A cidadania, assim, é aqui concebida como resultado da luta pela igualdade, porém sob o pressuposto da consideração das diferenças e da pluralidade social, condição fundamental para seu exercício no Estado Democrático de Direito. Nessa concepção, mais do que uma ideia preconcebida, revela-se como um resultado de um processo instituinte e permanente da universalidade dos direitos, em que as singularidades são ponderadas e se preservam os espaços de encontro, convivência e dignidade, tal como adiante expomos (PARTE II, Capítulo II item 3). Os direitos sociais, como produtos culturais gerados de práticas sociais antagonistas, por isso mesmo, segundo Flores (PRONER, 2011, p.182), exigem políticas sociais que combinem distintas formas de atuar no presente, de pensar e assimilar o passado e de imaginar o futuro.

É sobre este último aspecto que examinamos, resumidamente, no âmbito da cidadania, o amplo processo de formação histórica dos direitos humanos, especificamente com relação aos direitos sociais e, em seguida, o seu desenvolvimento, segundo a análise de Marshall (1967), em que decorrem do processo de integralização dos direitos civis e políticos. Pretendemos apreender o processo pelo qual os direitos sociais introduziram mudanças na desigualdade social e, com isso, as determinações da estrutura de classes sociais foram, de alguma forma, diminuídas pelas relações de *status* social, nos processos de estratificação social. Ressaltamos, sobretudo, sua hipótese segundo a qual as relações de consumo passaram a qualificar as posições e os papéis dos grupos sociais, face à natureza dos direitos sociais universais, sobretudo à luz da relação que se estabelece entre o *status* social e o consumo de bens, o que obscureceu, conceitualmente, o vínculo das relações de trabalho (ocupação/profissão) com o processo de estratificação de classes, ao menos diretamente. Tal perspectiva nos parece contribuir para elucidar nossa tese acerca da distinção formal e material entre os direitos sociais clássicos

(trabalho e classes sociais) e os universais (consumo e renda); a qual assenta justamente nesse deslocamento promovido pelas políticas sociais, para a implementação desses direitos (que expomos na PARTE II, Capítulo I, itens I e II).

2, Os direitos civis e políticos constituíram-se pela conquista de liberdades públicas negativas, no sentido da oposição de limites ao absolutismo (PAIM, 1998). Desenvolveram-se desde o século XVII, na Inglaterra e XVIII, na França e Estados Unidos. Os documentos básicos dessa época, que refletem o modo como a sociedade civil concebia os direitos humanos, são a Bill of Rights de 1689, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da revolução francesa de 1789 e a Declaração dos Direitos do Estado da Virgínia da Independência dos EUA, em 1776, todos com base no princípio da liberdade e da igualdade (Adriana,1999). Segundo Bonavides (2009, p.563 - 564) têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais peculiar. Caracterizam-se pelo *status negativus* de nítida e rígida separação entre o Estado e a sociedade civil, mas restritos, segundo Trindade (2011), ao humanismo abstrato, individualista e diluidor das contradições sociais, em relação aos quais Marx assumia uma posição classista, enfatizando a necessidade de os trabalhadores se organizarem de modo independente da burguesia liberal, em defesa de seus próprios interesses, vez que o Estado proclamava a todos como membros do povo, coparticipantes da soberania popular, porém deixando que as desigualdades sociais atuassem a seu modo, à margem da esfera estatal, na sociedade civil (MARX, 1969, p.38).

Na Inglaterra, a assinatura da Magna Carta de 1215, embora no âmbito do baronato contra os desmandos da monarquia absolutista, já havia instituído o conceito político da subordinação de todos os cidadãos a um texto de direitos fundamentais, origem das modernas constituições. O parlamento inglês, formado originariamente para controle do orçamento real (nobreza e clero), revoltou-se contra o absolutismo monárquico, fundado na teoria do poder divino dos reis e aboliu seus principais instrumentos políticos, como os tribunais de

privilégios da nobreza (fidalgos, cavaleiros e escudeiros) e alguns tributos desiguais. O rei Guilherme de Orange foi condicionado a aceitar a Declaração de Direitos de 1689, que transferiu a supremacia do poder real para o parlamento.

Na França, a famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (AGUIAR, 1999). Nos Estados Unidos, a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, instituiu o Poder Judiciário, para assegurar as liberdades políticas. Em 1787, a Convenção de Filadélfia incorporou ao país a *Bill of Rights*.

Em 1919, ao final da Primeira Guerra Mundial e como resultado das conquistas sociais dos trabalhadores, iniciadas principalmente durante a segunda metade do século XIX, a assinatura do Tratado de Versalhes e a Constituição de Weimar culminaram com a declaração do Estado de Bem-Estar Social e dos direitos sociais clássicos (basicamente: função social da propriedade, reforma agrária, cogestão, previdência social e sindicatos).

No século XX, houve vários retrocessos na luta pelos direitos fundamentais, que se deslocaram para o âmbito mundial. Dois anos após o final da Segunda Guerra Mundial, em 10/12/1948, a Organização das Nações Unidas (ONU) assinou a Declaração Universal dos

Direitos do Homem, reiterada pelos Pactos Universais de Direitos Humanos de Viena, aprovados pela ONU em 1966. Foi assinada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) que instituiu o Tribunal Latino-Americano de sua defesa e o Protocolo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, referente à abolição da pena de morte, em 8/6/1990.

Em todos os continentes, o movimento pelos direitos humanos expressou-se pela Declaração do Zaire (Congo, África), em 1990, sobre a situação dos povos do Islã; pela Declaração de Tunis — Reunião Regional para a África —, em novembro de 1992; pela Declaração de São José — Reunião Regional para a América Latina e Caribe —, em janeiro de 1993; e a Declaração de Bangcoc — Reunião Geral para a Ásia —, em março de 1993.

No âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), foi criada a

Federação Interamericana de Defesa de Direitos Humanos, a respectiva Comissão Interamericana (órgão da OEA) e a Corte Interamericana. Com fundamento na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, institui-se a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (no Brasil, o parágrafo 8º do art. 226 da Constituição Federal e a Lei n. 11.340, de 7/8/2006 - Lei Maria da Penha).

Os direitos sociais foram instituídos, em decorrência da luta dos trabalhadores, durante os séculos XIX e XX, sob os efeitos do desenvolvimento e da expansão do capitalismo industrial. Os conceitos de liberdade e de igualdade formais passaram a ser questionados em face da supremacia do valor da solidariedade social. Foi sua emergência formal que inseminou os novos conteúdos das constituições, agora voltados para a efetivação de valores sociais (SILVA, 1982, p.67/104), ainda que imprecisamente. Segundo Trindade (2011, p.151), iniciou-se um processo de lutas sociais, que arrancou os direitos humanos do âmbito restrito dos direitos políticos, com a progressiva incorporação jurídica dos direitos sociais, nunca contemplados pelas revoluções burguesas. Ao contrário dos direitos de resistência, instituíram o *status positivus* dos trabalhadores, em exigirem do Estado determinadas prestações materiais, nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação de meios e recursos. Foram, por isso, relegados pelos cientistas políticos e juristas à chamada esfera programática, em virtude de não conterem, para sua concretização, as garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos jurídico-processuais de proteção dos direitos civis e políticos. Mas, recentes formações estatais, como a brasileira de 1988, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º § 1º da Constituição de 1988), de modo que tendem a tornar-se tão justiciáveis quanto os direitos individuais.

A concepção dos direitos sociais efetivou-se pela instituição da social-democracia e do Estado Social, no bojo da primeira grande crise do sistema capitalista e do acirramento da luta de classes (SIMÕES, 1979). A doutrina social da Igreja, formulada pelo Papa Leão XIII, na encíclica *Rerum Novarum*

de 1891 e pelo Papa Pio XI, na encíclica *Quadragesimo Anno* de 1931, a revolução soviética de 1917 e a formação de partidos revolucionários (JAGUARIBE, 1975, p.203), ao lado do reformismo social-democrata, acautelaram a iniciativa dos Estados por políticas de reconciliação das classes sociais, sobretudo com relação ao direito de propriedade, cuja função social passou a ser exigida nas cartas constitucionais. Nesse sentido, o direito da igualdade real passou, então, a impulsionar a reivindicação da universalidade dos direitos sociais. Desenvolveu-se a ideia do Estado não mais como ente passivo e palco da representação dos interesses sociais fundamentais, segundo a concepção liberal, mas como formulador ativo de políticas sociais.

No entanto, os direitos sociais tiveram sua origem estritamente vinculada às relações de trabalho, instituindo órgãos que lhes asseguravam a eficácia (Ministério do Trabalho, sindicatos, Justiça do Trabalho e Previdência Social) e sua promoção efetiva, na busca pela igualdade real, por meio da consideração das desigualdades sociais. (SILVA, 1998, p.289)

Mas, a partir da segunda metade do século XX, o fortalecimento e a universalização dos princípios democráticos de governo passaram a promover a formulação de direitos de alto teor humanístico e de universalidade, inicialmente de forma abstrata, inclusive por meio de movimentos e organizações sociais, pelo fim dos crimes contra a humanidade, a prevalência dos direitos humanos, a autodeterminação dos povos, o direito à paz (art. 4º incisos II, III e VI da C. Federal, respectivamente), o desenvolvimento social (art. 3º inciso III) e por um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado (art. 225). Desses movimentos resultou o reconhecimento pelo Estado da legitimidade das reivindicações dos direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos (art. 129 inciso III Constituição de 1988, Lei n. 7.347/1985 da Ação Civil Pública, Lei n. 8.078/1990, arts. 91/100 - Código de Defesa do Consumidor e Lei n. 8.069/1990, art. 210 - Estatuto da Criança e do Adolescente).

Segundo esses conceitos, aplicados ao rol dos direitos sociais discriminados no referido art. 6º da Constituição de 1988, constatamos assim, inicialmente, que parte deles, por serem claramente condicionados às relações

de trabalho, como, por exemplo, os direitos previdenciários, podem assumir a forma de direitos individuais, individuais homogêneos ou coletivos. Já outros, como o direito à educação ou à saúde, além de assumirem a forma anterior, também podem ser difusos, referidos a parcelas da população em decorrência de sua situação social de carência, auferida pela falta ou insuficiência de renda. Essa distinção serve de fundamento inicial à tese desenvolvida a partir da PARTE II deste estudo.

O fundamento desta institucionalidade passou a ser o ideal da fraternidade e da solidariedade social (art. 3º), sob a concepção de que parcelas da sociedade têm direitos, enquanto tais, que não se confundem com os dos indivíduos que as integram. São direitos de proteção da própria sociedade, como os de defesa do meio ambiente, do consumidor, da infância e juventude e outros, cuja instituição universalizou os direitos sociais, para além das relações de trabalho. Advieram da colisão, nos finais do século XX, entre os interesses de Estados desenvolvidos e em desenvolvimento, por meio da promoção do direito dos povos à solidariedade internacional, à autodeterminação, à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à informação e ao patrimônio comum da humanidade, que só podem realizar-se por meio de um esforço solidário entre os diferentes atores individuais e coletivos, tanto no plano nacional, quanto internacional. Não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo ou coletividade porque têm por destinatário o próprio gênero humano, como valor supremo, inclusive o direito ao trabalho, à saúde e alimentação adequada.

Finalmente, alguns estudiosos arrazoam que o quadro atual de intensa internacionalização econômica e dos conflitos, entre os interesses nacionais e dos grandes conglomerados econômicos, geram atualmente a formulação de novos direitos, que assegurem às populações a garantia efetiva de procedimentos éticos e democráticos, sua participação nas decisões governamentais (Soares, 1977), a divulgação das informações de interesse social, a transparência das decisões, o pluralismo político, a diversidade dos grupos sociais e a soberania das nações (CAMPILONGO, 2000). Esses direitos, como, por exemplo, o da participação popular nos conselhos, situam-

se também no contexto da tendência à flexibilização dos direitos sociais, promovida pela concepção neoliberal, como ordem política adequada aos interesses da globalização (GRAU, 2000). São voltados à libertação da pessoa, na medida em que lhe conferem a proteção jurídica máxima, por considerá-la o centro de gravidade da vida social. Nesse sentido, Bonavides (2009, p.571) contrapõe a globalização neoliberal à globalização dos próprios direitos fundamentais para opor-se aos efeitos predatórios do neoliberalismo, sobretudo a dissolução das soberanias nacionais, a despolitização da sociedade civil e a dissipação de quaisquer referências a valores éticos nas condutas privadas. A universalização dos direitos fundamentais desenvolve-se agora pela luta dos direitos à democracia, sobretudo à democracia direta, viabilizada pelas conquistas da tecnologia da comunicação; ao controle da veracidade das informações e ao pluralismo, cujos beneficiários são as pessoas, as comunidades e os povos; e, em caso de sua violação, sanções consequentes e correspondentes, que deverão reduzir ou mesmo eliminar a impunidade tradicional dos governos, por meio de órgãos internacionais. Trata-se da luta pela garantia de participação da população, seja indireta, por representação, seja diretamente na atividade estatal; por meio de instrumentos de controle de todos os atos fundamentais de exercício da autoridade pública. (BONAVIDES, 1994)

Nesse sentido, o neoliberalismo tende à ineficácia das normas constitucionais, das leis que assegurem os direitos sociais e das políticas públicas de sua efetivação, prioriza sua formulação pelas relações de mercado e torna inexoráveis os processos de exclusão social (SPOSATI, 1995). Porém, o traço distintivo dos direitos humanos contemporâneos é a existência de uma base normativa internacional, iniciada com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (WEIS, 1998). A Constituição de 1988 inspirou-se no ideal de mudança da realidade política e social brasileira, prevendo a integração das normas de direito internacional dos direitos humanos à legislação brasileira. Daí ter instituído os novos direitos individuais homogêneos, difusos e coletivos, bem como as correspondentes obrigações de ação ou omissão do Estado brasileiro.

3. Também os estudos de Marshal (1967), acerca do desenvolvimento da cidadania, fornecem-nos subsídios para a análise da formação dos direitos sociais, por meio da interação entre o processo conflitivo de crescente igualdade política e o de desigualdade econômica; para demonstrar, dessa forma, como as políticas sociais lograram modificar este último, embora sem resolver esse conflito fundamental. A partir da sociedade industrial, segundo esse estudioso, desenvolve-se e mantém-se a tensão interna e inerente aos processos de mudança social, entre seus efeitos igualitários e as diferenças sociais; entre a crescente polarização no controle e distribuição de recursos públicos (serviços sociais) e seu impacto em termos de uma progressiva uniformização de direitos sociais e políticos. Em outros termos, o conflito entre os efeitos igualitários do desenvolvimento da cidadania, que implicaram no controle desses recursos e sua distribuição (política social) e os desigualitários (p.8); num contexto em que os trabalhadores passaram crescentemente a aceitar deveres públicos e privados como cidadãos. (p.60)

Embora sua análise assente em dados empíricos europeus e norte-americanos, pode-se abstrair deles que, no fundamental, o desenvolvimento da cidadania suscitou, desde o início, o problema da igualdade social em uma economia estruturada em classes sociais e na desigualdade econômica e que postula o livre funcionamento das forças de mercado (p. 59). Tratava-se da intervenção do Estado em “arcar com o custo de oferecer uma educação universal e eliminar o trabalho excessivo e passado” (p. 61), visto que há uma igualdade humana básica associada ao conceito de participação integral e que não é inconsistente com a desigualdade econômica, pois tal igualdade foi enriquecida por um conjunto formidável de direitos, identificada com o *status* da cidadania (p. 62). Nesse sentido, a questão é se a igualdade básica, com todos esses direitos, é ainda conciliável com a estrutura de classes sociais e em que limites (p.62). Marshall entende que sim, inclusive por legitimar a desigualdade, tanto que “a cidadania, em si mesma se tem tornado, sob certos aspectos, no arcabouço da desigualdade social legitimada.” (p. 62), desde que respeitados os limites dos custos econômicos. (p.63)

Nessas condições, examina o desenvolvimento da cidadania, integrada pelos direitos civis, políticos e sociais, constituindo-se, pela primeira vez, em um código uniforme e nacional de direitos (p. 63). É concebida, também, num contexto em que se desenvolve a consciência social e nacional dos indivíduos, isto é, seu discernimento de que participam e são responsáveis pela sociedade, integrados pelo sentimento de participação na comunidade, baseado na lealdade a uma civilização, que é patrimônio e herança comum; e assumem igualmente deveres, a par dos direitos de participação política, que passaram a usufruir (p. 84).

Segundo ele, os direitos civis, desenvolvidos no séc. XVIII, eram necessários à liberdade individual (ir e vir, propriedade privada, pensamento e fé, contratos e, sobretudo, direito à justiça, isto é, defender os direitos em termos de igualdade, expressa na instituição de garantias judiciárias pelos Tribunais de Justiça) (p.63). Dentre eles, o direito de trabalhar e o direito de greve (p. 67). Foram os direitos civis que asseguraram os dissídios coletivos dos sindicatos, por meio das negociações privadas, assim afastada a hipótese de direitos sociais, visto que limitados à negociação contratual e, com isso, imunes da intervenção estatal por meio de leis (salário mínimo e previdência social). Os sindicatos agiam, portanto, como indivíduos, sob a forma de direitos civis coletivos, o que se harmonizava com o individualismo próprio do capitalismo liberal e concorrencial (p. 85); embora de forma anômala, visto que, tradicionalmente, os direitos políticos eram a base da ação coletiva por meio das decisões do Parlamento e dos conselhos locais (p. 103). Até então, os direitos eram indiferenciados e as respectivas instituições fundidas no Estado. A estrutura social organizava-se em estados (estamentos), com distintos direitos e privilégios, em que o *status*, ao contrário da cidadania, era a expressão das distinções de classes e medida das desigualdades sociais (p. 64). Com a cidadania, especializaram-se e o *status* adquiriu caráter democrático e universal, porque assente no direito da liberdade, com a adição gradativa de novos direitos, em que liberdade e cidadania se tornaram semelhantes. (p. 68)

Os direitos políticos não estavam incluídos nos direitos da cidadania e ainda vinculados ao substrato econômico (renda, propriedade e tributos). O direito de voto, por exemplo, era um monopólio de grupos e, no séc. XIX, apenas um subproduto dos direitos civis. Mas, no séc. XX, foram associados direta e independentemente à cidadania, sobretudo pela adoção das leis do sufrágio universal, em que a base de seu substrato econômico foi transferida para o *status* pessoal (p. 69 - 70); e assegurada a participação no exercício do poder (eleger e ser eleito), por meio do Parlamento e conselhos locais. Os direitos sociais, no século XX, vieram assegurar um mínimo de bem-estar, por meio do sistema educacional e serviços sociais (p. 64); não se confundindo, entretanto, com os anteriores, assegurados aos pobres e indigentes e desligados do status da cidadania (p.72), porque infringiam o princípio individualista do livre contrato de trabalho. (71) Compreendiam um mínimo e exerceram pouca influência direta sobre a desigualdade social (p. 87). Dessa forma, não integraram a cidadania, pois a finalidade comum das tentativas voluntárias e legais era diminuir a pobreza, sem alterar o padrão da desigualdade (p. 88). E o direito à educação no séc. XIX tinha por finalidade apenas moldar a infância do adulto em perspectiva, como pré-requisito necessário da liberdade (p.73), de modo a formar um eleitorado educado, necessário à democracia política. (p. 74)

Mas, a instituição dos direitos sociais, no sec. XX, logrou modificar, em parte, a desigualdade social (p. 76). No final do séc. XIX havia se iniciado um novo período, com o primeiro grande avanço dos direitos sociais e suas mudanças significativas no princípio igualitário da cidadania (p. 88). Outros fatores operaram, nesse sentido, como o aumento das rendas nominais, sobretudo o aumento contínuo das pequenas poupanças; um sistema de tributos diretos, cada vez mais progressivo; e a produção em massa de bens para o mercado interno (p.88). Esse processo consistiu, na primeira fase, quando foram instituídos os direitos civis, em extrair os direitos do sistema hierárquico do *status* da classe social e privá-los de sua substância essencial. A igualdade implícita no conceito de cidadania, embora limitada em conteúdo, minou a desigualdade do sistema de classes que era, em princípio, uma

desigualdade total (p. 77). A justiça de classe foi, então, superada por uma justiça nacional e uma lei igual para todos. Deixou de existir um padrão geral de desigualdade, no qual se associava um valor adequado a cada nível social, para se instituir um padrão de vida comum. Com isso, não se superou a desigualdade (classes), mas esta passou a ser concebida como decorrente do esforço pessoal (p. 77), a riqueza como prova conclusiva do mérito (p. 78) e, logo, a pobreza como fracasso (o que não implicava que não pudesse crescer). Assim, na medida em que era compatível com a eficiência continuada da máquina social, a diminuição da desigualdade tornou-se um objetivo à medida que a consciência social despertava (p. 78).

Mas, a diminuição dos efeitos desigualitários, nessa primeira fase, não constituía um ataque ao sistema de classes sociais, ao contrário, fortalecia-o (p. 78). A cidadania desenvolveu-se pelo enriquecimento do conjunto dos direitos, mas estes não estavam em conflito diretamente com as desigualdades, ao contrário, eram necessários para a manutenção de determinada forma de desigualdade (p. 79). Isto porque o núcleo da cidadania compunha-se então de direitos civis e estes eram indispensáveis ao capitalismo competitivo, de modo que, por meio deles, todos podiam participar. O contrato, sua instituição básica, exigia que fossem livres e iguais em *status*, embora com diferentes poderes. Pois havia deixado de ser um diferencial, associado à classe social (p. 79) e passara a ser uniformizado pela cidadania; e esta ofereceu o fundamento da igualdade, sobre a qual foi edificada a estrutura da desigualdade. (p.80) Porque, com os direitos civis, o *status* limitava-se a conferir a capacidade legal de lutar por bens, mas não o direito a eles; de modo que a persistência das desigualdades gritantes não decorria de sua ineficácia, mas da falta de direitos sociais (p.80). Assim, no final do séc. XIX, a cidadania pouco reduzira a desigualdade social, mas ajudara a guiar o progresso para as políticas igualitárias do séc. XX (p. 84).

Já os direitos políticos daí decorrentes, ao contrário dos civis, continham uma ameaça potencial ao sistema capitalista, ainda que seus defensores não tivessem consciência disso (p. 85). Foi o seu exercício que se constituiu no método normal para assegurar os direitos sociais, visto que estes

pressupunham um direito absoluto a um determinado padrão de civilização; que dependia, apenas, do cumprimento das obrigações gerais da cidadania. Mas seu conteúdo não dependia do valor econômico das reivindicações individuais (p. 86). Incorporaram-se ao *status* da cidadania, originando a criação de um direito universal a uma renda real que não era proporcional ao valor de mercado do reivindicador (p.88). Assim, embora o objetivo dos direitos sociais ainda constituísse a redução das diferenças de classe, porém adquiriu um novo sentido. Deixou de ser a mera tentativa de eliminar o ônus evidente que representava a pobreza e passou a assumir o aspecto de ação modificadora do padrão total da desigualdade social (p. 88); não apenas para elevar o piso mais baixo do edifício social, mas remodelar o edifício inteiro e modificar o próprio padrão da desigualdade social.

Marshall (1967, p.103) conclui que a cidadania, embora em guerra com o sistema de classes, impôs-lhe modificações:

“Os direitos sociais, em sua forma moderna, implicam uma invasão do contrato pelo *status*, na subordinação do preço de mercado à justiça social, na subordinação da barganha livre por uma declaração de direitos. Mas serão esses princípios estranhos à prática do mercado de nossos dias ou estarão já arraigados no sistema de contrato em si? Penso que é claro que estão.”

Isto porque a cidadania e outras forças externas alteraram o padrão da desigualdade social. Esta alteração resultou de três fatores: a compressão da escala de distribuição de renda, em ambos os extremos; a grande extensão da área da cultura e experiência comum; e o enriquecimento do *status* universal da cidadania, combinado com o reconhecimento e a estabilização de certas diferenças de *status*, principalmente pela educação e ocupação, desde que pudessem ser legitimadas na cidadania e não fossem muito profundas, em uma sociedade igualitária (p. 108).

Instituiu-se, assim, uma igualdade humana básica, associada à participação efetiva na sociedade, não inconsistente com a superestrutura de desigualdade econômica (p.109), mas com limitações no movimento pela igualdade social absoluta, cujo marco são apenas as desigualdades que não possam ser consideradas legítimas, de acordo com a combinação da justiça

social com a necessidade econômica (p.109). Por isso, a par dos direitos decorrentes da intervenção estatal, instituem-se deveres, dentre eles e sobretudo o de trabalhar, “prestando tanto serviço quanto possível para promover o bem-estar da comunidade” (p.109). O dever de trabalhar, antes de se tornar institucional, não era reconhecido quando as relações eram ainda dominadas pelo contrato e o indivíduo era livre para viver na ociosidade (p.110).

Em seguida, Marshall formula a tese de que as mudanças promovidas pela cidadania não foram propriamente nas classes, mas no sistema de estratificação social (p. 116), em suas dimensões econômica, *status* social e poder político; ou, segundo Weber, nas classes sociais, *status* e partidos (p.118). É nesse ponto que nos traz uma contribuição fundamental ao esclarecimento do deslocamento dos direitos sociais das relações de trabalho para o mercado de consumo e renda, pois aduz que, nas sociedades modernas, passou-se de uma estrutura simples, nítida e institucionalizada, para uma estrutura complexa, nebulosa e em grande parte informal (p.119); considerando-se que é o interesse econômico que forma as classes, sendo a ocupação seu principal indicador (p.121); e que os grupos de *status* se estratificam em função do consumo de bens (estilos de vida). As linhas de estratificação obscurecem-se, provavelmente em decorrência do crescimento de novas dimensões e, por outro lado, cabe verificar se a importância das classes decresce, não mais associadas com a estratificação e o *status* social se torna mais relevante do que o interesse de classe, para a estratificação (p. 128). Para isso, cabe ponderar três elementos: 1) o aspecto do consumo, o qual aumentou como um todo, considerando-se a formação e o crescimento da classe média, com menos probabilidade de que as diferenças no padrão de vida produzam grupos sociais autoconscientes e antagônicos; 2) os direitos da cidadania (liberdade, poder político e bem-estar), em que todos são admitidos a participarem integralmente da sociedade; 3) a mudança estrutural na economia, que torna a distribuição da propriedade menos decisiva à distribuição do poder, ao diminuir o poder de classe como força social (p. 129), não por perder sua importância, mas por mudar de caráter. (p. 130)

Nesse sentido, ao examinar se a dimensão do *status* social tem aumentado de importância relativamente à classe (p.132), Marshall observa que nem todos os interesses de grupos são conflitos de classe, visto que estes podem ser expressão de estratificação social, situados uns sobre os outros, em camadas, restritos a conflitos intraclasses. Já o conceito de classe é irrelevante para o de *status* social, pois os membros da mesma classe são ou pensam que são idênticos, embora realmente se diferenciem (p. 137). O padrão mais alto da estratificação social é a estrutura de classes, mas o *status* não está rigidamente associado a ela, tem certa autonomia, em decorrência da influência da família, educação formal e qualidade cultural da ocupação (p. 146).

Ressalta-se, finalmente, que Marshall também concebe o processo de instituição dos direitos da cidadania cumulativamente, em que os direitos sociais tiveram por pressuposto teórico e histórico os direitos civis e políticos. Ao contrário, Carvalho (2008, p. 219- 220) nega tal processo no caso brasileiro, em que tal sequência lógica e cronológica foi invertida, “a pirâmide dos direitos foi colocada de cabeça para baixo”, pois vieram primeiro os direitos sociais, num período de supressão dos direitos políticos e redução dos direitos civis, como teria sido o caso da Constituição de 1934. No entanto, a concepção da unidade universal, indivisível, independente e inter-relacionada dos direitos (TRINDADE, 2011, p.193), antes exposta é, atualmente, a que resulta do Estado Democrático de Direito, em que justamente adquirem tal indivisibilidade e o getulismo um aspecto histórico peculiar desse processo. Hoje, em que os direitos humanos são concebidos em todas as dimensões da vida com dignidade, deixa de fazer sentido qualquer contradição, hierarquia ou sucessão cronológica entre os valores da liberdade (direitos civis e políticos) e os da igualdade (direitos sociais).

Com tais subsídios teóricos acima expostos, constatamos que a conexão dos direitos sociais com os direitos civis e políticos apresenta duas dimensões: histórica, resultante dos conflitos sociais promovidos pela revolução industrial, em que esses direitos asseguraram as condições de organização dos trabalhadores para a conquista daqueles, dentre eles o direito

de greve e da liberdade de associação; e lógico-categorial, em que os direitos sociais emergiram na ordem jurídico-constitucional como requisito institucional da própria eficácia dos direitos civis e políticos, especialmente do direito de igualdade e, sobretudo, de realização da própria cidadania. Em última análise, trata-se de um processo histórico, em que pesem seus retrocessos institucionais, que parece se configurar tendo como núcleo central a conquista e a ampliação sucessiva do direito à cidadania como elemento assente no valor ético da dignidade, que a Constituição de 1988, logo em seu pórtico, veio a eleger como valor fundamental. Cidadania instaurada desde a Constituição de 1824, embora de modo rústico, que continuou restrita às relações de trabalho no Estado getulista, mas que se tornou universal no Estado Democrático de Direito.

Sob esse aspecto, a instituição dos direitos sociais expressa, portanto, um novo momento do processo de conquista dos direitos fundamentais, ao assegurar e ampliar os direitos civis e políticos, visto que a concepção da igualdade real tem por pressuposto histórico e lógico o princípio da igualdade formal; e, dessa forma, ao instituir o Estado Social, por influência da social democracia europeia, recepcionada pelo Governo Provisório de 1930 e pela Constituição de 1934, por meio da inclusão definitiva dos direitos trabalhistas, previdenciários e sindicais, embora restritos aos trabalhadores, como requisito fundamental à nova constitucionalidade da ordem política, social e jurídica da sociedade brasileira. Porém, como constatamos que esses direitos têm naturezas institucionais diversas, esse processo, aparentemente evolutivo e contínuo, apresenta-se, na verdade, por sofrer rupturas que, por isso mesmo, se expressaram por novas Constituições: a Revolução de 1934, o golpe de 1937, o liberalismo social de 1946, o regime militar de 1967, a reforma de 1969 e o Estado Democrático de Direito. De fato, sua qualificação somente pode ser concebida como continuidade, desde a Carta de 1824, porque essas rupturas foram constitucionalizadas pelo processo conceitual, comum e genérico da cidadania, que lhes assegurou a identidade institucional no amplo processo de sua instauração. Suas diversidades internas (as distintas naturezas institucionais dos direitos sociais) integram-no em sua unidade. Sob essa ótica,

verificamos que o conceito de cidadania, no Estado Democrático de Direito, expressa a universalidade de que os direitos individuais e sociais, em suas configurações históricas específicas e nas modalidades em que se institucionalizaram, são a diversidade, visto que não se negam e excluem mutuamente. De fato, os direitos sociais clássicos incorporaram a conquista anterior dos direitos individuais, inclusive ampliando-os; e os direitos sociais universais integraram os clássicos e os individuais, implementando-os (ver PARTE II Capítulo II item 3.4).

Mas, também observamos que esse conceito mais amplo somente permite, portanto, explicar a natureza genérica desse processo e não dos direitos sociais, em sua especificidade. Por óbvio que o estudo destes, embora amplamente determinados pelo conceito de cidadania, em sua objetividade, não pode prescindir da identificação subjetiva das parcelas da população a que se referem e que detêm sua titularidade; sem o que não se explicita o próprio movimento de instituição dos direitos, pois foram essas parcelas que os reivindicaram. É o seu aspecto subjetivo, isto é, de sua titularidade, por meios das lutas sociais, que os evidencia. Mas, igualmente, seu processo institucional, que integra a luta pela cidadania e os titulariza em seu patrimônio jurídico, cuja situação social não pode ser desprezada, sob pena de se apreender apenas parcialmente sua natureza jurídico-institucional. A natureza dos direitos sociais não pode ser concebida, assim, apenas por sua redução aos elementos integradores do movimento pela conquista da cidadania, como se não apresentassem distinta natureza institucional e de efeitos próprios. (ANDERSON e PARKER, 1973, p.1-22) A apreensão teórica da natureza e do processo de institucionalidade dos direitos sociais não pode, por isso, reduzir-se à explicação história do processo de institucionalização da cidadania brasileira. Isto porque também constatamos, no curso dessa sucessão histórica, ao identificar as referidas parcelas da população, que esse processo não as integrou crescentemente, de forma linear e contínua; mas de acordo com movimentos sociais específicos, com características particulares, expressando contradições a seguir expostas, que implicaram em distintas formas e diferentes momentos históricos em que se configurou essa inclusão

ou exclusão. Por exemplo, com a abolição do escravismo, a exclusão da população ex-escrava, inclusive durante a industrialização, a maior parte dela ainda em favelas, somente com a Constituição de 1988 e a Lei Orgânica da Assistência Social foi reconhecida sua cidadania, mesmo assim, apenas formalmente. De certa forma, esses primeiros excluídos foram os últimos a serem incluídos institucionalmente, em 1988. Já no meio desse período, os imigrantes estrangeiros vieram como operários e foram paulatinamente incluídos no mercado de trabalho. Além disso, ao mesmo tempo em que o Governo Provisório instituiu os direitos sociais, restringiu ou mesmo revogou vários direitos civis e políticos. O processo de institucionalização dos direitos sociais, como se vê, no Brasil, seguiu caminhos próprios, cuja natureza histórica e política somente é apreensível especificamente.

Parece-nos, portanto, que o processo de conquista e ampliação dos direitos sociais, de alguma forma, obedeceu a amplas determinações jurídico-políticas de luta pela cidadania, que fizeram raízes na instituição do Estado Democrático de Direito, no qual os direitos civis, políticos e sociais se tornaram indissociáveis. Mas, por outro lado, a lógica interna de sua determinação institucional seguiu os meandros próprios da revolução burguesa no Brasil (FERNANDES, 1975), as determinações e contradições do processo nacional de implantação do capitalismo industrial (getulismo) (GOMES, 1979) e a associação do capitalismo nacional com o internacional (regime militar) (FERRANTE, 1978), o que finalmente convergiu na universalização dos direitos sociais no Estado Democrático de Direito.

Além disso, sem as liberdades civis e políticas, o movimento sindical, que exigiu os direitos sociais, teria dificuldades de sucesso, pois a ideologia da burguesia francesa revolucionária, adotada no processo de institucionalização do Estado liberal brasileiro, reclamava o direito de associação apenas para ela, não para os trabalhadores; e foi o reconhecimento do direito de igualdade que lhe permitiu a legalização do direito civil de associação sindical e de greve. E esses direitos, no Brasil, somente foram reconhecidos, basicamente, com a Revolução de 1930. Mas a contradição estava historicamente dada desde antes e foi com fundamento no direito de liberdade e de igualdade que os

trabalhadores brasileiros, ainda na República Velha, conquistaram tais direitos civis. Foi também com base na liberdade de pensamento que puderam divulgar suas reivindicações por meio de jornais, boletins e folhetos. E também promover o direito de livre reunião para suspender as obrigações decorrentes do contrato de trabalho (greve), até então regido pelo direito civil e exigir melhores condições de trabalho. Ora, tudo isso foi implementado sob o pressuposto da garantia dos direitos individuais; visto que o direito do trabalho e, muito menos, o direito coletivo, ainda não haviam sido elaborados e nem instituídos, na ordem legal anterior a 1930. Tanto que a consciência política do processo institucional dos direitos sociais veio a se manifestar, em 1977, pela Resolução n. 32/130 da ONU, ao declarar que “é impossível a realização dos direitos civis e políticos sem o usufruto dos direitos econômicos, sociais e culturais.” E o Parlamento Europeu declarou que “os direitos sociais são um complemento indispensável às liberdades visto que estas não podem ser exercidas sem um mínimo de proteção social ” (PARLEMENT EUROPÉEN, 1999).

4. Isto porque o próprio direito civil da igualdade formal suscitava, logicamente, o princípio da igualdade real ou equidade. Sua implementação, nos quadros do conflito social, instaurado pelo capitalismo industrial, era uma questão de tempo, embora não submetido à sua evolução cronológica. Porque a luta pelos direitos econômicos e sociais foi a condição da democracia e não o contrário.

De acordo com Bonavides, o princípio da igualdade tornou-se material (2009, p.376/378), ao exigir do Estado medidas de discriminação legal entre os cidadãos, segundo suas condições sociais. Formulou-se, assim, certa tensão entre a igualdade, como princípio geral e a equidade, como acesso diferencial ao direito e à justiça. Boaventura de Sousa Santos (1995), nesse sentido, refere-se às condições sociais que, com as condições teóricas, possibilitaram a orientação do interesse sociológico para as dimensões processuais, institucionais e organizacionais do direito daí decorrente. Os privilégios que se tornaram constitucionalmente inaceitáveis foram, por isso, os que refugiam ao princípio político da igualdade, como os que vigiam nas Ordenações Filipinas,

derivados do *status* (SEGURADO, 1973, p. 205); e os que foram erradicados pelas revoluções francesa e inglesa e pela Constituição de Weimar. Trata-se de desequiparação instituída por lei, especialmente a Constituição, sem a qual os privilégios legais não podem ser aceitos (MELLO, 1998). Uma desequiparação que promoveu uma nova e crescente conflituosidade político-jurídica, que exigiu a adaptação da jurisprudência dos tribunais e mesmo a transformação das cartas constitucionais. (SANTOS, 1995)

CAPÍTULO II – O Processo de Instituição dos Direitos Individuais, Coletivos e Sociais no Brasil

1. O Estado Imperial - A instituição dos direitos civis e políticos

A natureza da instituição dos direitos individuais, civis e políticos, no Brasil, na monarquia constitucional de 1824, foi determinada pelo longo processo de formação do Estado nacional, a partir da desagregação do mercantilismo colonial e das profundas alterações na organização política da antiga colônia, ocasionadas com a vinda da corte portuguesa para o Rio de Janeiro e a declaração do Reino Unido. A declaração de independência, logo em seguida, foi a expressão das contradições entre os interesses de Portugal e os do Reino, que se resolveram pelo predomínio destes últimos, na forma de interesses nacionais, representados pela figura paradigmática de José Bonifácio; porém sob relações conciliatórias da oligarquia agrária brasileira, uma classe então hegemônica, com a burguesia emergente. (VIANA, 1976) Tais relações são o cerne das ambiguidades e contradições liberais da Carta de 1824, que explicam a transição para a monarquia constitucional (FERNANDES, 1975, p.97), como veremos em seguida.

Foram estes interesses de complementariedade, entre as oligarquias e a burguesia comercial, que deram lastro à formalização jurídico-política, expressa pela outorga da Constituição de 1824, por D. Pedro I (Bonavides, 2009, p.89), invocadora da formação originária da nacionalidade brasileira (arts. 11 e 90), instituindo a monarquia representativa, a unidade nacional e, por conseguinte, sob a ideia da defesa dos direitos dos cidadãos (arts. 1º, 6º e 9º) e da divisão dos Poderes (art. 9º); sob influência, nesse sentido, das ideias liberais da revolução francesa e da revolução norte-americana; ao mesmo tempo que, em conciliação, assegurava o escravismo (tal como a Constituição dos EUA no art. IV seção 2 item 3 e a Constituição francesa de 1791 quanto à servidão doméstica) e a hegemonia dos interesses oligárquicos.

Devemos observar que essa Carta, em que pese o golpe de Estado, que dissolveu a Assembleia Geral Constituinte, recusou o Projeto Antônio Carlos e aprovou o do Conselho de Estado de 11/12/1823 (BONAVIDES, 2009, p.162-163), foi uma das primeiras constituições escritas desde a formação dos Estados nacionais, seguida da Carta Constitucional da Monarquia Portuguesa de 1826 e da Constituição da Bélgica de 1831. (BARROS, 2007; BÉLGICA, 2009; e VELLOSO, 2009)

A Carta de 1824, ao instituir os direitos individuais, a divisão dos poderes do Estado, suas competências e organizar sua funcionalidade, foi pioneira, inclusive ao delimitar os poderes do Imperador, até então absolutistas. O fato, no entanto, é que a enunciação dos princípios liberais está presente desde essa Constituição, ao assegurar formalmente um rol de direitos e garantias individuais, embora com restrições de amplitude e eficácia, próprios de um Estado em que a Igreja católica se identificava com o poder imperial.

Mas, em contrário do absolutismo monárquico e das Ordenações do Reino, expressando essas determinações materiais, foi compelida à inauguração do processo de instituição dos direitos individuais civis e políticos, embora com restritíssimas limitações, decorrentes das condições específicas da revolução burguesa brasileira, porém imprescindíveis à instituição do Estado nacional. Com isso, restringiu o poder legislativo do monarca, apenas com o poder de veto; e, sobretudo, instituiu a separação entre o Estado e a sociedade civil, representada por vereadores, deputados e senadores.

Examinemos, a seguir, em que consistiram os direitos individuais.

No art. 179 do Título 8º, formalmente, assegurou a “inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade,” instituindo, em seus incisos, a garantia da irretroatividade das leis; a liberdade de pensamento; a liberdade religiosa (desde que respeitada a religião católica); a inviolabilidade do lar; a prévia formação da culpa para a decretação da prisão, salvo em flagrante delito; a igualdade de todos perante a lei; o direito de acesso aos cargos públicos civis, unicamente pela competência; a abolição dos privilégios que não decorressem da natureza do exercício dos cargos, por utilidade

pública; o fim do foro privilegiado (salvo decorrente da natureza das causas); a extinção das penas cruéis (previstas nas Ordenações do Reino); a restrição das penas à pessoa do delincente; a liberdade do trabalho, cultura, indústria ou comércio; a abolição das corporações; a inviolabilidade da correspondência; a responsabilidade dos empregados públicos pelos abusos que cometessem; e o direito dos cidadãos de representarem perante o Executivo e o Legislativo contra os atos inconstitucionais.

Declarou-se representante das dezessete províncias de então, para unificá-las politicamente por meio de um governo “monárquico, unitário e centralista, hereditário, constitucional e representativo,” em que o poder do Imperador, embora erigido a governante supremo, não podia mais ser exercido arbitrariamente, mas segundo regras fixas predeterminadas; e o povo, por meio de representantes eleitos, passou a dispor de uma parcela de influência nas decisões políticas, embora ínfima. Além dos três poderes clássicos, instituiu também o Poder Moderador, uma concepção do francês Benjamin Constant, resquíio do poder real, como chave de toda organização política, acumulado com o Poder Executivo, na pessoa do Imperador, pois “inviolável e sagrada. Ele não está sujeito à responsabilidade alguma.” Nomeava os senadores, os bispos e os magistrados, podendo suspender a estes últimos, segundo certos procedimentos. Sob esse aspecto, segundo Lauerhass (1986, p.21), a Constituição de 1824, embora instituindo a nação brasileira, teria conciliado pragmaticamente o símbolo da coroa (monarquia) e não da nação, como o mais apto a manter a unidade e evitar a desintegração territorial. De fato instituiu a soberania da nação (art. 1º) (tal como a francesa de 1791) e não a soberania popular, instituída, no Brasil, somente de forma eclética em 1891 (Preâmbulo) e definitivamente em 1934 (art. 2º) (tal como a francesa de 1793); momento em que se conjuminou, aí sim, com o nacionalismo, como afirmação dos interesses nacionais, que se desenvolveu somente nos fins do séc. XIX e se implantou efetivamente com Getúlio Vargas, no Estado Novo.

No novo Estado, a antiga concentração administrativa e política do poder foi minorada com a instituição das províncias, que ganharam relativa autonomia em seus interesses regionais (art. 71), mediante deliberação das câmaras dos

distritos e dos conselhos gerais (art. 81 e sgts), eleitos por mandados iguais aos dos representantes da nação (art. 74). Mas suas resoluções, para serem executadas, dependiam da aprovação da Assembleia Geral, que as recebiam como projeto de lei; ou, não estando reunida, do imperador, provisoriamente (art. 86). Nesse aspecto, a Carta de 1824 não cedeu ao princípio da soberania popular (art. 9º a 12), ao consignar que os poderes políticos (Legislativo, Executivo, Judicial e Moderador) se constituíam em “delegações da nação”; mas só aparentemente, porque também consignou que desta só seriam “representantes” a Assembleia Geral e o Imperador (art. 11). Porém, por força da corrente liberal, o Ato Adicional de 1834 criou as Assembleias Legislativas provinciais, um embrião da autonomia política regional federativa; embora a Lei de Interpretação de 1840, em reação conservadora, tenha logrado restringir algumas inovações autonomistas daquele Ato. Nesse sentido, nos últimos decênios do Segundo reinado, a campanha pelo federalismo viria a ganhar vigor e sucesso com a Constituição de 1891.

Em 1847 foi adotado um regime semiparlamentarista, parcialmente semelhante ao parlamento inglês, com a criação do cargo de Presidente do Conselho de Ministros, similar ao primeiro-ministro, porém indicado pelo Imperador com a atribuição de formar o Ministério, sob homologação da Câmara de Deputados.

Segundo a Constituição de 1824, somente podiam se eleger senadores os cidadãos que, além de outros requisitos, tivessem uma renda anual equivalente a oitocentos mil réis; e deputados, desde que católicos, com renda de quatrocentos mil réis. O sistema de participação do povo nas eleições era indireto, por meio das assembleias paroquiais, para cidadãos maiores de 25 anos e, entre outros requisitos, com renda líquida anual de cem mil réis. Elegiam os eleitores provinciais para um colegiado e este os senadores, em listas tríplices, assim como os deputados, com mandato e os membros dos Conselhos Gerais das Províncias.

As Ordenações Filipinas continuaram a vigorar nos dispositivos não revogados pela Constituição, mas foram basicamente alteradas pelo Código Penal (1830), a Revisão Geral e Codificação das Leis Civis e do Processo

(1840), o Regimento n. 733 para as questões comerciais (1850), o Código Comercial (1850) e a Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas de 1853. No art. 179 inciso XVIII, a Constituição já determinava a instituição de um código civil, que, entretanto, somente entrou em vigor em 1917. Essas normas adequaram as instituições penais, civis e comerciais à Constituição de 1824 e iniciaram a constituição da sociedade civil brasileira face ao Estado.

É relevante notar, no entanto, que os primeiros direitos sociais foram instituídos pelo Código Comercial. Este regulou a relação de trabalho exclusivamente urbana entre empregados e patrões na prática comercial (locadores e locatários de serviços de comércio), mas de forma abstrata, esvaziada de conteúdo social, o que lhe permitiu persistir no tempo, somente revogado pelo novo Código Civil de 2002. Porém instituiu direitos considerados precursores dos direitos getulistas, como a exigência de nomeação escrita dos caixeiros, guarda-livros e feitores (revogada pelo decreto 5.571/1928) (art. 74); a garantia de salários até três meses, em caso de acidentes imprevistos e sem culpa (art. 79); indenização por dano extraordinário a serviço do empregador (art. 80); aviso-prévio de um mês para a despedida, nos contratos de prazo indeterminado (art. 81); relação de justas causas para a dispensa motivada (art. 84); e o denominado direito de etapa (alimentação) e contrato de ajuste marítimo, com a garantia de vencimentos. (arts. 543 a 562) Por força do Regulamento 737, esses direitos eram assegurados aos marítimos, visto que a armação e expedição de navios eram qualificadas como atividades comerciais (Decreto n. 1.637/1907).

Mas, ao povo restava pouca influência política. A população escrava e os pobres livres estavam excluídos, sem direitos civis, muito menos políticos e a concepção da função social do Estado, como fonte primária dos direitos sociais, estava longe de reconhecê-la, expressando-se apenas de forma rudimentar e meramente caritativa, no título dos “socorros públicos” (art. 179 inciso XXXI), tal como a Constituição Francesa de 1791, nesse ponto. Instituiu a educação primária gratuita (art. 179 inciso XXXII), embora sem qualquer eficácia.

2. A República - O Estado Liberal de 1891

2.1. O presidencialismo e o federalismo

A primeira Constituição republicana emergiu sob a direção do governo provisório, dirigido por Deodoro da Fonseca, em meio a divergências entre os liberais, alguns deles advindos do Partido Republicano e os republicanos de influência positivista, principalmente militares, como o próprio Deodoro, para superar os males políticos do regime anterior. A República foi instituída em decorrência da campanha dos republicanos e abolicionistas, entre as camadas urbanas, os fazendeiros paulistas e o Exército.

Os direitos civis e políticos ficaram condicionados a uma nova configuração da ordem institucional, em conflito com o regime monárquico-constitucional. Mas, ao mesmo tempo, a nova ordem expressou novos conflitos, entre os liberais, a favor de maior autonomia das províncias, agora transformadas em Estados e sob regime federativo; e os positivistas, preocupados com a unidade nacional, favoráveis a formas mais centralizadoras de governo e a um regime forte capaz de evitar a desagregação nacional; como acontecera com a ex-colônia espanhola, na América central e sul, após as invasões napoleônicas na Espanha. A Constituição extinguiu o Senado e a Câmara dos Deputados e instituiu o Congresso Nacional, com parlamentares eleitos diretamente pela população, sendo três senadores por Estado-membro e Distrito Federal, com mandato de nove anos. Assegurou o regime federativo, por meio da instituição das constituições estaduais, com autonomia política, financeira e administrativa. A par disso, instituiu o regime presidencialista e o sufrágio universal, em um grande avanço do regime liberal. A eleição do presidente e vice-presidente da República foi estabelecida por sufrágio direto e a maioria absoluta dos votos, para mandato de quatro anos, proibida a reeleição imediata; criou o Supremo Tribunal Federal, com o direito de vitaliciedade dos juízes federais, somente rescindível por sentença judicial, o que assegurou relativa autonomia ao Judiciário e, portanto, garantias

processuais aos cidadãos. Também a eleição dos deputados e senadores passou a ser direta, por igual sufrágio universal.

O federalismo foi minimizado por meio da conciliação da autonomia dos Estados com o presidencialismo, em um arranjo, que assegurou o predomínio real das elites paulista e mineira, no apoio dos Estados ao Presidente da República, denominado de “política dos governadores” de Campos Sales, depois convertida em “política do café com leite”, alternando-se São Paulo e Minas Gerais no controle da presidência da República (QUIRINO e MONTES, 1987, p.52). Dessa forma, estabilizou-se, embora precariamente, o novo regime constitucional.

Porém, o reconhecimento dos direitos individuais em 1824 havia inaugurado um processo histórico, que conduziria a sua ampliação na Constituição de 1891, ao instituir uma declaração de direitos, no art. 72, na qual impediu, em resumo, qualquer restrição da liberdade individual senão em virtude da lei; ampliou o direito de voto aos brasileiros maiores de 21 anos de idade; a igualdade de todos perante a lei; a extinção de privilégios, foros especiais, prerrogativas e regalias de ordens honoríficas, bem como títulos nobiliárquicos e de conselho; a laicidade da República; o reconhecimento unicamente do casamento civil; a secularidade e municipalização dos cemitérios assegurados a todos os cultos religiosos; o ensino oficial laico; o direito de livre associação, salvo militar; o direito de qualquer um do povo de representar contra os abusos das autoridades; o direito de ir e vir; a inviolabilidade do domicílio; a liberdade do pensamento, proibido o anonimato; a prisão somente após a pronúncia do indiciado ou em flagrante delito (salvo os casos previstos em lei) e mediante ordem escrita do juiz; a irretroatividade das leis; o pleno direito de defesa; o direito de propriedade (salvo desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização); o sigilo da correspondência; a delimitação dos efeitos da pena à pessoa do delinquente; a abolição da pena de morte (salvo em caso de guerra), de galés e a do banimento judicial; o direito ao *habeas corpus*; o fim do foro privilegiado, salvo nos casos em que decorresse da natureza da causa; a liberdade de trabalho; e a restrição da aposentadoria dos funcionários públicos somente aos casos de

invalidez. A cidadania ampliou-se, embora mantidas as restrições com relação aos analfabetos, que eram a maioria da população saída da escravidão. O direito de voto continuou proibido às mulheres, aos mendigos, a praças de pré e aos religiosos, em certas condições, com restrições mais severas que o texto constitucional parecia supor.

A República de 1891, como se vê, ao institucionalizar formalmente esses direitos, expressou as alterações que a nova ordem política, econômica e social exigia, não somente por meio da revogação das restrições remanescentes da ordem jurídica imperial e dos resquícios coloniais das Ordenações Filipinas, que ainda vigoravam, por exemplo, com relação às corporações, ao escravismo e ao direito de voto; como também com a ampliação das liberdades individuais próprias da ordem liberal.

Mas, desconheceu os conflitos sociais, cuja regulamentação, pelo Congresso Nacional, iria se tornar uma exigência política crescente durante a República Velha, especialmente por influência dos positivistas. Isso decorria do acirramento das contradições entre a própria ordem liberal, que propiciava o domínio das oligarquias paulistas e mineiras e as exigências da intervenção e regulamentação estatal suscitadas pelo processo de implantação da industrialização. De um lado, tratava-se de regular a institucionalidade da mercantilização da força de trabalho dos ex-escravos e, principalmente, imigrantes; de outro, os efeitos decorrentes da incapacidade econômica, que a instauração do capitalismo industrial brasileiro revelou, de inclusão das amplas massas de ex-escravos, expulsos do campo que, por isso, começavam então a se aglomerar nas periferias urbanas, originando as favelas; e dos imigrantes, especialmente na agricultura, em condições sociais precárias. Todos geralmente analfabetos ou estrangeiros e, portanto, não eleitores.

Embora essa Constituição tenha sido omissa quanto aos direitos sociais, no entanto, foi sob sua vigência que começaram a ser implementados, embora por meio de leis ordinárias e decretos; antes, portanto, da Constituição de 1934, um indício de que os fatores determinantes de sua geração já operavam material e institucionalmente durante a República Velha, em um processo que configurou a Carta getulista como o ápice da institucionalização da ordem

jurídica do capitalismo industrial. Assim, foi decretada a descriminalização da greve, seguida de leis sobre a jornada de trabalho, férias e acidentes do trabalho. Como veremos a seguir, foi também nesse período que foi proposto, na Comissão de Legislação Social da Câmara, o projeto de lei do Código de Trabalho do deputado Maurício de Lacerda, a adesão do país à OIT (Tratado de Versailhes), a sindicalização rural, a Lei Elói Chaves previdenciária de 1923, o Código de Menores de 1927 com dispositivos, entre outros, sobre o trabalho dos menores de 18 anos, a criação do Conselho Nacional do Trabalho e do Departamento Nacional do Trabalho e, ainda, a federalização da legislação trabalhista, por meio da atribuição da competência exclusiva da União (Emenda Constitucional de 1926).

Além disso, a garantia e o fortalecimento dos direitos civis e políticos foram uns dos fatores que asseguram, aos trabalhadores, classe média e setores corporativistas, durante a República Velha, a legitimidade para a reivindicação dos direitos sociais. Por exemplo, o direito de greve. Embora de natureza coletiva e social, tinha fundamentos apenas no direito civil, sob a ótica da concepção liberal de regulação dos interesses privados pelas relações contratuais, assente no princípio da liberdade das partes, ao assegurar aos trabalhadores o direito de se recusar a cumprir o contrato de trabalho (LAFER, 1995, p.201). Mas isso foi suficiente para que, ainda durante o governo imperial, fosse baixado o Decreto n. 1.162 de 12/02/1890, o qual derogou a tipificação da greve como ilícito penal e manteve como crimes apenas os ilícitos praticados no desenrolar do movimento. Também a liberdade de imprensa e o direito de associação, tipicamente civis, viabilizaram a divulgação e a organização das demandas sociais.

Isto porque a relativa inefetividade dos direitos civis e políticos extremava a contradição de sua instituição formal (igualdade formal), seja nos procedimentos eleitorais (voto de cabresto, por exemplo), seja na repressão dos conflitos sociais, sobretudo os que manifestavam as demandas específicas resultantes da questão social, na realidade tratada como questão de polícia. Na República Velha, o Estado liberal, já organizado sob os princípios republicanos e impedido de intervir na autorregulação do mercado de trabalho, omitia-se de

intervir na questão social; uma limitação que, nas fábricas, não podia impedir a deflagração de greves, a publicação de jornais, folhetos e boletins operários e as reivindicações, no Congresso Nacional, dos discursos parlamentares, inclusive de socialistas, por crescentes demandas pela intervenção estatal de institucionalização dos direitos sociais.

No entanto, superada a contradição anterior, uma nova contradição emergiu no processo institucional daí decorrente. De fato, o reconhecimento dos direitos sociais, instituídos por Getúlio Vargas, limitou-se aos trabalhadores sob vínculo empregatício (direitos trabalhistas, previdenciários e sindicais). Redundou, assim, em manter à margem da institucionalidade do Estado Social as imensas parcelas da população que estavam excluídas do mercado de trabalho; e que continuaram a se congestionar nas periferias urbanas e nos bairros pobres. Uma exclusão, que permanecerá na ordem constitucional posterior a 1934, e somente na Constituição de 1988 será superada, justamente pela instituição pioneira dos direitos sociais de natureza universal. Universalidade que, entretanto, suscitará novos problemas, gerados por contradições já agora próprias da democracia participativa e que, nesta tese, apenas enunciaremos.

Sob esses pressupostos, iniciamos a seguir a análise das correntes políticas e das suas lideranças representativas dos respectivos interesses, no Governo Provisório e na Assembleia Nacional Constituinte, que prevaleceram na instituição originária desses direitos pela Constituição de 1934. Por isso limitamo-nos, tão somente, a examinar as leis, os fatos históricos pertinentes e estas correntes participantes e relevantes, direta ou indiretamente, para apreendermos a natureza jurídico-política dos direitos sociais, nessa fase histórica.

2.2. O processo de institucionalização dos direitos sociais

Na República Velha, a política do café com leite expressava a hegemonia no interior do Estado liberal, dos interesses das oligarquias rurais e da economia da agroexportação. No entanto, iniciava-se a industrialização, com a formação de amplas massas de trabalhadores e emergia já a chamada questão social. Segundo Brandão (1972), o crescimento da população brasileira e, sobretudo, urbana, entre 1872 e 1920, foi vertiginoso. Germinavam-se, então, novas relações sociais de produção, próprias do capitalismo industrial, mas em um quadro econômico-político atrasado, em que as oligarquias eram ainda hegemônicas, tendo na Constituição de 1891, portanto, um regime jurídico-político que se revelava ambíguo e inadequado.

Nesse contexto, prevalecia de um lado o regime constitucional da velha ordem que, por exemplo, assegurava aos Estados a competência para regulamentarem sobre as relações de trabalho; mas, de outro, a emergência dos novos conflitos, que passou a suscitar do Congresso Nacional a edição de leis infraconstitucionais, de natureza claramente social, denotativas da intervenção estatal federal no mundo do trabalho industrial, em contradição com o espírito liberal de 1891 e o princípio da autorregulação do mercado de trabalho. A ordem legal era adequada às velhas relações da agro-exportação, que assentava em princípios meramente contratuais e privados das relações de trabalho de cunho individual, então regidas pelo Código Civil de 1916.

Foram, aliás, esses conflitos que impulsionaram o pensamento liberal a se reformar, no sentido da proteção social dos trabalhadores, sobretudo manifestado pelo famoso discurso de Rui Barbosa, adiante citado. Em resultado, durante a República Velha, face ao sucessivo esgotamento dessas relações e da ordem jurídica liberal de 1891, o Congresso Nacional, tentando superá-las, passou a formular projetos de leis e a aprovar e editar leis, neste sentido, que expomos a seguir.

A instauração do capitalismo industrial, que se intensificou durante a Primeira Grande Guerra (1914-1919), ao emergir crescente e contraditoriamente face à velha ordem e se manifestar em sucessivos conflitos

sociais, exigia uma nova ordem político-constitucional, que lhe desse solução institucional; visto que o ordenamento meramente contratual e privatista do Código Civil, então aplicável, não se adequava mais às exigências dos pressupostos da então denominada legislação social. Para isso, foi instituída a Comissão de Legislação Social, na Câmara dos Deputados, em 1918.

Ao final dos anos 20, as forças oligárquicas, embora fortes, já não eram hegemônicas no poder. Estavam debilitadas pelos fatores expostos. A questão social exigia demandas por uma reforma institucional, consubstanciada na garantia de leis sociais, sob o fundamento das desigualdades reais entre trabalhadores e empresários. Um exemplo paradigmático a respeito é o referido discurso de Rui Barbosa proferido na conferência de 20/03/1919, no Teatro Lírico do Rio de Janeiro, quando reformulou o antigo liberalismo, reivindicando que a questão social tinha de ser resolvida por meio da legislação social, porque o Código Civil era contratualista; sob a constatação de que somente por meio dos contratos “o trabalho não conseguiria do capital” pois “As relações de trabalho transcendiam a simples esfera do contrato entre duas partes tornando-se uma questão que afeta à sociedade como um todo” (PAIM, 1998, p.149). Enquanto Whashington Luís dissera que a questão social era caso de política, agora se tornava uma questão de ordem pública para impedir excessos (Morais, 1978, p.210). Isso exigia a intervenção do Estado regulamentador, em nível federal. Os próprios liberais, nessa fase, tiveram que aceitar esse fato e agregar à concepção individualista as teses do liberalismo social, que concebiam como democracia social (PAIM, 1998, p. 165).

Mas o deputado socialista católico Maurício de Lacerda, integrante da Comissão Social do Congresso Nacional, criticava em Rui Barbosa as “meias soluções jurídicas” que não atingiam “a concepção proprietária e industrialista das riquezas e (...) um certo temor supersticioso para sorte da democracia ante o surto socialista”. (LACERDA, 1980, p.271) E denunciava, ainda, que o interesse dos deputados em votar as leis sociais visava, sobretudo, os trabalhadores das empresas estatais por motivos eleitoreiros, visto que alfabetizados e nacionais. (50/51)

O processo de mudança, gerado pela alteração em andamento da hegemonia de novas classes sociais, evidencia-se pelo crescente predomínio da produção industrial, nas alterações da participação da agroindústria, indústria e comércio no PIB, no crescimento do número de estabelecimentos industriais e do pessoal ocupado e salários pagos (*IPEADATA – 1908/1947 e IBGE, 1957*); e, portanto, das relações de formação do empresariado industrial e da classe operária, sob a forma da instituição de direitos sociais específicos.

Nesse período, esses conflitos emergiram principalmente a partir das greves de 1905, 1917 e 1919, entre outras, assim como o levante tenentista de 1922, por reformas, com reivindicações com base no Tratado de Versailhes, por meio do qual os Estados ocidentais haviam se obrigado a instituir sistemas de proteção social. Em resposta a essas reivindicações e sob pressão dos acontecimentos internacionais, como a revolução soviética de 1917 e a crise econômica internacional de 1929, o governo baixou o Decreto n. 979 de 06/01/1903, que regulou sobre a sindicalização rural. (dirigida, de fato, à colonização agrícola)

As primeiras normas surgiram para regular o trabalho no setor de serviços, sobretudo nas ferrovias e portos, atividades de interesse da economia da agroexportação, principalmente cafeeira. Com efeito, entre 1890 e 1919 foram prolatados os primeiros tratados internacionais sobre a regulação do trabalho e, nos países europeus, criados os Ministérios do Trabalho ou órgãos similares, com serviços de fiscalização dos locais de trabalho. A Organização Internacional do Trabalho - OIT havia sido criada em 1919, por força do Tratado de Versailhes.

No Brasil, o Decreto n. 1.313 de 17/01/1891 instituiu a inspeção do trabalho, com a finalidade específica de proteção ao trabalho dos menores, embora tenha ficado só no papel. Em seguida, os Decretos n. 3.550 de 10/10/1918 e 16.627 de 30/04/1923 criaram, respectivamente, o Departamento Nacional do Trabalho e o Conselho Nacional do Trabalho, que também ficaram ineficazes. De 1921 a 1930 a inspeção do trabalho era competência do Ministério da Agricultura e executada pelo Serviço de Povoamento, assim omissa com relação ao trabalho industrial. A ineficácia desses decretos revela

apenas a forma por meio da qual o Estado liberal resistiu de fato à demanda social, que somente com a revolução getulista se institucionalizou.

Em 1907, o Congresso editou o Decreto Legislativo n. 1.637 de 05 de janeiro, sobre a sindicalização das profissões, segundo os princípios da autonomia e pluralidade sindical; tanto que já havia instituído a Comissão de Legislação Social, em 1918 e, em seguida, o Brasil aderiu à Organização Internacional do Trabalho. Criou a primeira lei de acidentes do trabalho (Lei n. 3.742 de 15/01/1919), desmembrada do referido projeto de Código Nacional do Trabalho, a Lei Elói Chaves, com os rudimentos da Previdência Social por empresa (Lei n. 4.682 de 24/01/1923); o Conselho Nacional do Trabalho (Decreto n. 16.027 de 30/04/1923), órgão consultivo e administrativo em matéria trabalhista e previdenciária e que, em 1946, viria a se transformar no atual Tribunal Superior do Trabalho; a Lei n. 4.982 de 1925 sobre o direito de férias de 15 dias; a Emenda Constitucional de 1926, que tornou privativa do Congresso Nacional a competência para legislar sobre as relações de trabalho (art. 34 item 28); e, ainda, o Código de Menores, promulgado pelo Decreto n. 17.943-A de 12/10/1927, que proibiu o trabalho a menores de 12 anos e, em certos casos, de 18 anos de idade.

É consensual, portanto, que a demanda pela legislação social estava presente antes da Revolução de 30. A necessidade da centralização do poder federal para assegurar os direitos sociais já se anunciava como imprescindível, face à autonomia federativa dos Estados e ao conservadorismo dos poderes regionais.

Tal fato denota que a instituição dos direitos sociais, ainda durante o Governo Provisório e, principalmente, na Constituição de 1934, não decorreu de uma concepção originária, de cunho idealista, do Governo Provisório ou da Assembleia Nacional Constituinte de 1933; mas dos conflitos do trabalho gerados pela alteração dos quadros da economia agrário-exportadora em direção da reordenação das relações do capitalismo industrial. Tratava-se de reconhecer, portanto, a existência de demandas sociopolíticas que transcendiam os direitos individuais e que assentavam nas reivindicações propriamente sociais, difusas e coletivas, tanto de trabalhadores como de

empresários; expressas, sobretudo, pelo reconhecimento da organização sindical operária e patronal. Resultavam, assim, de um processo que, originado rusticamente da Carta de 1824 e ampliado na Constituição de 1891, assegurava crescentemente o direito da cidadania.

Os movimentos sociais, por todo o país, especialmente a partir de 1917, eram intensos e atuantes, com greves, violência, reivindicações, expulsão de líderes estrangeiros e prisões de toda ordem. Era forte também a crítica liberal à fraude e corrupção eleitoral, que asseguravam, aos coronéis, a eleição dos governadores e minavam a própria substância do regime liberal.

Mas a superação dessa situação, que gerou os direitos sociais clássicos, somente se deu, em parte, sob patrocínio do Governo Provisório, a começar com o Código Eleitoral de 24/02/32, com notáveis avanços nos direitos políticos, tendo por fundamento, inclusive, a instituição da Justiça Eleitoral. Esse código revelou, além disso, que a concepção política getulista não era liberal e, sim, corporativista, face à conciliação estatal de interesses sociais contraditórios. Sob a ótica dos direitos sociais, revelou a divergência do getulismo com as correntes socioliberais. Para estas, a representação política devia ser de interesses individuais, por meio dos partidos políticos; ao passo que o Código continha dispositivos relativos à representação classista, de cunho corporativista, sob a influência da Carta Del Lavoro italiana de 1927, tanto que aprovada na Assembleia Nacional Constituinte contra o voto dos liberais. Ao lado dos partidos, as associações de classe, legitimamente constituídas, podiam igualmente desfrutar das mesmas prerrogativas político-partidárias, tanto em nível federal quanto estadual e municipal. Getúlio estava assim comprometido com as reivindicações classistas.

Nos anos finais da República Velha havia uma grande efervescência política, intensas divergências, debates e manifestações populares. Surgiam resistências acirradas. Organizaram-se movimentos políticos, que refletiam não somente as contradições entre as velhas e as novas forças políticas, como propunham soluções divergentes para resolvê-las.

Com relação aos direitos sociais, seu reconhecimento, no mérito, era relativamente consensual, entre as forças atuantes na Constituinte de 1933,

que descrevemos a seguir. Porém, era justamente a forma de sua instituição que era controversa, segundo as diversas correntes políticas, nos extremos, do fascismo ao comunismo. Foi a solução getulista, que conciliou entre os velhos interesses oligárquicos e os das novas classes. Dessa configuração resultou o corporativismo, manifestado já durante o Governo Provisório, antes mesmo da Assembleia Nacional Constituinte. Confirmou essa solução também com a lei de organização sindical, adiante citada, que subsumiu os sindicatos operários e patronais ao Estado, por meio da arbitragem do Ministério do Trabalho, um indício de que as duas classes não se capacitavam à negociação direta. A instituição da Justiça do Trabalho, de natureza administrativa, igualmente, tanto que excluída do Poder Judiciário e com representantes paritários operários e patronais (juízes classistas), um resquício corporativista que, sintomaticamente, somente veio a ser derogado pela Emenda Constitucional n. 24 de 09/12/1999, já na vigência da Constituição de 1988.

Essas forças, que influenciaram na formação do Governo Provisório e depois atuaram na Assembleia Nacional Constituinte, eram as seguintes:

a) Os positivistas da corrente ortodoxa, cuja influência vinha desde a proclamação da República e propunham a adoção da legislação social, conforme a orientação de Augusto Comte de conciliação entre trabalhadores e patrões. Segundo Carvalho (2008), sua maior influência era gaúcha, tanto que a constituição do Rio Grande já havia incorporado várias ideias, a respeito. Segundo Quirino e Montes (1987, p. 56):

“Aí se inscrevia também a influência dos homens trazidos por Vargas do Rio Grande do Sul com a Revolução de 30 que, desde a criação do Ministério do Trabalho, logo após esse movimento, demonstravam constante preocupação com a “incorporação do proletariado à sociedade”, sob visível inspiração da Constituição de seu Estado, de cunho positivista, e que desde os tempos de Borges de Medeiros, na República Velha, fazia da questão social um dos eixos fundamentais da política rio-grandense”.

Getúlio e Lindolfo Collor, seu primeiro Ministro do Trabalho no Governo Provisório, eram gaúchos. Este, em sua justificação da nova orientação revolucionária, mencionava explicitamente as diretrizes de Comte.

b) Os tenentistas, refratários à reconstitucionalização, representados principalmente por Juarez Távora. Entre os que apoiavam o movimento getulista revolucionário também se destacavam Siqueira Campos, Estilac Leal, João Alberto Lins e Barros, Eduardo Gomes e Osvaldo Cordeiro de Farias. Entretanto, não contavam com o apoio do Exército, que era legalista. Nas eleições para a Assembleia Constituinte organizaram a União Cívica Nacional, com resultados apenas parciais. Sua influência foi basicamente política, sobretudo na elaboração do modelo do novo Estado. Segundo Raimundo Faoro (1987, p.693), a espinha dorsal desse novo modelo foi o elemento militar, pelo dinamismo dos tenentes. Mas Lindolfo Collor era contrário aos tenentistas.

c) O Partido Comunista, fundado em 1922, ainda sem a liderança de Luís Carlos Prestes (a partir de 1934, ex-tenentista, nacionalista, de oposição às oligarquias rurais e a favor da unicidade sindical). Teve seu registro eleitoral negado pela Justiça Eleitoral. Seu candidato à Assembleia Nacional Constituinte, Cristiano Cordeiro, apesar de eleito, foi preso e impedido de tomar posse.

d) O Partido Fascista Brasileiro, fundado em 1928, que defendia os direitos sociais, o corporativismo estatal e o nacionalismo, fortalecido com a filiação do jurista Francisco Campos, autor da Constituição de 1937, sob forte influência de Plínio Salgado, fundador da Ação Integralista Brasileira-AIB.

e) A Igreja Católica, que atuava por meio da Liga Eleitoral Católica-LEC, com base nos debates do Centro Dom Vital, junto com os revolucionários de 30, defendia o corporativismo e maior intervenção do governo na vida política.

Era a favor da pluralidade sindical, que acabou aprovada pela Constituição de 1934, depois revogada pela Constituição de 1937.

f) A Ação Integralista Brasileira-AIB, fundada em 1932, em oposição ao Governo Provisório, durante a Assembleia Nacional Constituinte. Era a mais expressiva organização política de direita, ultranacionalista, defendia os direitos sociais e o corporativismo, mas contra as greves, o comunismo e o liberalismo. Tinha maior apoio entre as classes médias, latifundiários e industriais, também

entre membros do clero católico, polícia e Forças Armadas. Seus principais líderes eram Plínio Salgado e Gustavo Barroso.

g) As lideranças políticas democráticas e de esquerda, que mais tarde vieram a fundar a Aliança Nacional Libertadora-ANL, em 1935 (incluindo o PCB), em oposição à AIB. Reproduziam o modelo das frentes populares que então se formavam na Europa contra o fascismo e denunciavam que a Revolução de 30 tinha sido um engodo. Eram contra as elites, pelos direitos do povo, a favor da reforma agrária e contra as multinacionais (nacionalismo).

Getúlio Vargas e Júlio Prestes disputaram as eleições de 01/03/1930 para a Presidência da República. Este último, então presidente do Estado de São Paulo, indicado pelas lideranças paulistas, foi vitorioso. Antes da extinção do mandato do Presidente Washington Luís, deu-se o assassinato do vice-presidente João Pessoa. Esse fato deslanchou a revolta getulista, em 24/10/1930. Getúlio, após a eleição de Júlio Prestes, havia se aproximado das chefias oligárquicas mineiras, contrárias à perpetuidade de São Paulo, que então se desenhava. Tanto que um dos principais articuladores do golpe de 30 foi Antônio Carlos Ribeiro de Andrade, presidente de Minas Gerais, precursor da insubordinação. (PEREIRA e FARIA, 1998)

Getúlio assumiu em 03/11/1930. Em seguida, tentou se desvencilhar desse compromisso, por meio da liderança do mineiro Francisco Campos para eliminar as velhas chefias oligárquicas mineiras. Esse jurista era avesso a partidos políticos, parlamentos e demais formas de representação partidária. Em 1932, Getúlio se desvencilhou dele também, ao aceitar seu pedido de demissão; mas voltou a recebê-lo para redigir a Constituição de 1937, estatuto do golpe do Estado Novo

3. O Governo Provisório de 1930

O Governo Provisório, ao consolidar o processo de instituição dos direitos sociais, tinha em vista a inclusão social dos trabalhadores, assegurando-lhes direitos trabalhistas, previdenciários e sindicais, além de

direito à saúde e à educação no âmbito laboral, mas sem abranger as parcelas da população excluídas do mercado de trabalho. Getúlio, antes um político tradicional formado nos quadros da velha oligarquia gaúcha, tornou-se centralizador e modernizador. O nacionalismo econômico e a questão social marcaram sua transição de uma visão agrária e oligárquica para a aliança com setores urbanos e operários, por meio da aliança do PSD com o PTB, em nível nacional. Essa aliança persistiu até o golpe militar de 1964, mantendo a estrutura corporativista sindical e previdenciária, como veremos, acompanhada da crescente ampliação dos direitos trabalhistas.

Segundo Araújo (2009), a Revolução de 30 foi um marco referencial para a entrada do Brasil no mundo capitalista de produção. A acumulação do capital no período anterior permitiu ao país investir no mercado interno e na produção industrial. Essa nova realidade passou a exigir a profissionalização e educação da mão de obra em condições sociais compatíveis de reprodução social; e, para tal, era imprescindível a intervenção estatal por meio de investimentos diretos, por exemplo, no ensino primário gratuito, e indiretos (direitos trabalhistas e previdenciários, a cargo dos empregados e empregadores). Travou-se, então, uma disputa econômica e política dos interesses que buscavam romper com a ordem social oligárquica. Esta perdeu a hegemonia, embora não tenha sido extinta, com o processo de substituição do modelo agrário exportador pelo modelo da substituição de importações.

A Revolução de 30 conciliou esses interesses, por meio da conciliação entre os respectivos setores emergentes com os tradicionais. Tinha adotado medidas de emergência para combater a crise internacional, como a compra e queima de café; mas também institucionalizou e subordinou os sindicatos ao Ministério do Trabalho e, com isso, conteve os conflitos sociais. Nessa linha, dissolveu o Congresso Nacional e instituiu o decreto-lei, como instrumento jurídico por meio do qual o Governo Provisório passou a legislar, sem depender de prévia aprovação legislativa.

Assim que assumiu o poder, baixou o Decreto n. 19.398 de 11/11/30 (conhecido como Lei Orgânica do Governo Provisório) (Planalto, 2009), o qual expressou a ascendência de uma nova era no país e marcou juridicamente o

fim da Primeira República. Seus dispositivos de interesse para nossa temática são:

- Instituiu o Governo Provisório, com atribuições acumuladas do Poder Executivo e do Congresso Nacional, até que a Assembleia Nacional Constituinte promulgasse a nova Constituição (art. 1º);
- Dissolveu o Congresso Nacional, as Assembleias legislativas estaduais, as Câmaras municipais e quaisquer outros órgãos legislativos e deliberativos dos Estados, municípios e Distrito federal (art. 2º);
- Manteve em vigor a Constituição Federal de 1891 e as constituições estaduais, porém com as modificações e restrições da citada Lei Orgânica e dos decretos regulamentadores (art. 4º);
- Suspendeu as garantias constitucionais e retirou do Judiciário a competência para julgar os atos do Governo Provisório e dos interventores federais nos Estados, quando praticados de acordo com o decreto, embora mantendo o *habeas corpus*, no art. 5º, apenas para os crimes comuns (originariamente instituído pela Constituição de 1891, como vimos);
- Manteve em vigor a legislação infraconstitucional, mas quando não contrária aos atos do Governo Provisório (art. 6º), com a reserva do direito de anular ou restringir os direitos do funcionalismo público resultantes de nomeações, aposentadorias, jubilações, disponibilidade, pensões ou subvenções e os atos relativos a emprego ou a ofícios públicos, inclusive da magistratura, Ministério Público e ofícios da Justiça em geral (art. 8º). Com isso, iniciou a reforma da máquina estatal, para profissionalizar o exercício dos cargos e funções públicas. Esse dispositivo já anunciava o teor do art. 170 da Constituição de 1934, adiante comentado;
- Manteve a autonomia financeira dos Estados;
- Declarou a nomeação de interventores federais em cada Estado, com poderes delegados, (salvo para os já organizados, em que os respectivos presidentes ficaram investidos dos mesmos poderes), devendo estes nomear os prefeitos (art. 11º).

A oligarquia cafeeira paulista perdeu, assim, a influência política de que desfrutava na República Velha.

Criadas tais condições de governabilidade, o Governo Provisório manifestou, desde logo, a instituição dos direitos sociais como uma de suas metas, que a Assembleia Nacional Constituinte e a promulgação da Constituição de 1934 apenas viriam a legitimar, no essencial; embora não totalmente, como foi o caso da instituição da pluralidade sindical, claramente contrária à orientação do governo pela unicidade sindical. E também a reforma do Estado, com novas instituições. Nesse sentido, desde logo, baixou uma série de decretos.

O Decreto n. 19.433 de 26/11/1930 criou o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, nomeando Lindolfo Collor como ministro, nessa data (pelo Decreto n. 19.667 de 04/02/1931 instituiu sua organização, pormenorizadamente). Deve-se lembrar que a competência para legislar sobre o trabalho, assim como a saúde e educação dos trabalhadores, que era dos Estados, havia passado a ser federal com a reforma constitucional de 1926, como vimos e assim explicitada (CUNHA, 1963, p.50):

“(...) a legislação do trabalho, como a de educação e saúde, tinham sido deixadas aos Estados. O trabalho era, fundamentalmente, agrícola, e São Paulo, detentor da riqueza agrícola máxima, impusera à Nação o princípio de que as questões trabalhistas permaneceriam no plano da competência estadual. A exigência de um Ministério Nacional de Trabalho, encarregado não só de aplicar a regulamentação legal dessa atividade, como de promover a organização sindical dos trabalhadores e patrões, parte inicialmente dos líderes políticos nordestinos, apoiados pelo grupo tenentista. É assim que o Decreto n. 19.495 de 17/12/1930, quando a revolução só contava poucos dias de vitória, cria o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.”

Em decorrência, Lindolfo Collor logo promoveu alterações radicais na organização do trabalho, na institucionalização dos sindicatos e nos direitos trabalhistas e sindicais, que vieram a ser instituídos pelo Decreto n. 19.770 de 19/03/1931, mais tarde incorporados à CLT. (Decreto-Lei n. 5.452 de 01/05/1943)

Era do Partido Republicano gaúcho, ligado a Borges de Medeiros. Foi deputado no Rio Grande do Sul, condenava o levante tenentista e integrou a

Aliança Liberal. Redigiu um manifesto, que lançou o nome de Getúlio para as eleições presidenciais de 1930. Com a derrota eleitoral, participou do levante revolucionário getulista, encarregado do apoio militar, e negociou, após a deposição de Washington Luís, a transferência do poder para Getúlio.

Sua demissão do Governo Provisório, em 04/04/1932, decorreu da discordância com o papel nele exercido pelos tenentistas e pelos rumos tomados pelo autoritarismo. Voltou a Porto Alegre, quando defendeu a volta do regime constitucional. Envolveu-se com a Revolução Constitucionalista paulista de 1932 e, com a derrota desta, exilou-se na Argentina. Anistiado, voltou ao Brasil em 1934, quando tentou, sem sucesso, eleger-se para a Assembleia Constituinte. No final de 1936, apoiou a candidatura presidencial do governador paulista Armando Sales de Oliveira às eleições previstas para janeiro de 1938, frustradas pelo golpe de 1937. Foi preso em 1938, durante o Estado Novo, acusado de conspiração.

O Governo Provisório, em defesa da integração social da população trabalhadora brasileira, baixou o Decreto n. 19.482 de 12/12/1930, segundo o qual entre os trabalhadores contratados pelas empresas, pelo menos dois terços deviam ser brasileiros. A denominada lei dos dois terços veio a ser o art. 135 da Constituição de 1934.

Por meio do Decreto n. 19.770 de 19/03/1931, com a assessoria do famoso jurista Evaristo de Moraes Filho e outros, regulamentou sobre a sindicalização das “classes patronais e operárias” (Planalto, 2009), nos termos que vieram posteriormente a ser incluídos na CLT de 1943, até à Constituição de 1988, segundo o princípio da unicidade da organização sindical, condicionada ao prévio reconhecimento pelo Ministério do Trabalho, como órgãos de colaboração com o Poder Público; mas, em compensação, com a instituição dos direitos sociais.

Criou a então denominada carteira profissional (Decreto n. 21.175 de 21/03/1932), como garantia da formalização do emprego, por meio do registro do contrato de trabalho pelos empregadores, para todos os trabalhadores com 16 ou mais anos de idade e, também, como condição para a sindicalização (Decreto n. 24.694) e para os direitos previdenciários. Regulamentou sobre o

horário de trabalho dos comerciários (Decreto n. 21.186 de 22/03/1932), industriários (Decreto n. 21.364 de 04/05/1932); as Comissões Mistas de Conciliação, de natureza administrativa e paritária, compostas de representantes de empregadores e empregados, para resolverem conflitos de natureza coletiva ou sindical (Decreto n. 21.396 de 12/05/1932); sobre o trabalho da mulher, com a garantia de igualdade salarial com os homens, a proibição de trabalho insalubre e perigoso, licença-gestante de quatro semanas antes e depois do parto, obrigatoriedade de creche no local de trabalho e proibição de despedida injustificada da trabalhadora grávida (Decreto n. 21.417-A de 17/05/1932); instituiu as Juntas de Conciliação e Julgamento, também de natureza administrativa e paritária, para resolverem conflitos trabalhistas de natureza individual (Decreto n. 22.132 de 25/11/1932); o horário de trabalho dos bancários (Decreto n. 23.322 de 03/11/1933) e dos telegrafistas e similares (Decreto n. 24.634 de 10/07/1934). No mesmo dia decretou a importante Lei dos Acidentes do Trabalho (Decreto n. 24.637 de 10/07/1934).

Instituiu o Código Eleitoral (Decreto n. 21.207 de 28/03/1932), com grandes avanços, se comparado com os dispositivos eleitorais da Constituição de 1891. Criou a Justiça Eleitoral e instituiu também o voto secreto. Assegurou o voto feminino, segundo a mesma lógica dos direitos sociais clássicos, ao exigir que a mulher fosse alfabetizada e trabalhadora.

Nesse ínterim, face à demissão de Lindolfo Collor, Getúlio nomeou Joaquim Pedro Salgado Filho, em 06/04/1932, para o Ministério do Trabalho.

No entanto, a vacância de uma norma constitucional provocava conflitos entre os interesses sociopolíticos dominantes, sem referências institucionais que demarcassem os respectivos limites de ações políticas. (Mendonça e Vlach, 2009) A oligarquia paulista, com a perda de sua hegemonia no interior das elites dominantes, revoltou-se com o apoio de Mato Grosso do Sul, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, velhos políticos do PRP e do Partido Democrático, que se fundiram e formaram a Frente Única Paulista-FUP, sob o lema da vacância constitucional, a convocação de eleições e o fim do Governo Provisório. A Revolução Constitucionalista foi deflagrada em julho de 1932,

pelo ex-candidato Júlio Prestes, com o apoio do interventor Pedro de Toledo. Entretanto, em Minas Gerais, o governador Olegário Maciel e, no Rio Grande do Sul, o interventor Flores da Cunha, mudaram de posição e isolaram São Paulo. Com isso, a Frente Única rachou. Getúlio, no entanto, já havia convocado as eleições para a Assembleia Nacional Constituinte.

Em seguida, com o Decreto n. 21.402 de 14/05/1932 (anterior à Revolução Constitucionalista), fixou para um ano depois as eleições para a Assembleia Nacional Constituinte e criou uma Comissão Constitucional, conhecida como Comissão do Itamarati, com a tarefa de elaborar um anteprojeto do novo texto constitucional. Dela, fizeram parte figuras destacadas do mundo político e jurídico, sendo os mais eminentes Afrânio Melo Franco, Osvaldo Aranha, Carlos Maximiliano, José Américo de Almeida, Temístocles Cavalcanti, João Mangabeira e o general Góis Monteiro, todos mais ou menos identificados com os ideais revolucionários. A reunião dessa Comissão, realizada em 16/11/1933, elegeu Carlos Maximiliano para Presidente, Levi Carneiro (Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil-OAB, representante das profissões liberais), para Vice-Presidente e Raul Fernandes (conselheiro da OAB), para relator geral. O Instituto dos Advogados Brasileiros participou incisivamente, face à organização ainda incipiente da OAB. A Comissão, presidida pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores, fixou a data das eleições para a Assembleia Nacional Constituinte em 03/05/33, declarada feriado nacional.

Convocou a Assembleia Nacional Constituinte (Decreto n. 22.621 de 05/04/33), aprovou seu regimento interno e prefixou o número de deputados constituintes. Estabeleceu que seria integrada por 214 deputados representativos dos Estados, em número proporcional à respectiva população e 40 classistas eleitos pelos sindicatos, associações profissionais e funcionários públicos (art. 3º) (embora constem 242 na parte final da Carta, que a assinaram). O número dos classistas era o previsto no art. 42 do Código Eleitoral, em uma composição similar ao da Itália de Mussolini. A representação classista era de um quinto, eleito indiretamente, metade pelos sindicatos operários e a outra de sindicatos patronais, de deputados eleitos por

delegados indicados pelas entidades sindicais e organizações profissionais, reconhecidas pelo Ministério do Trabalho, referentes a quatro setores: a) lavoura e pecuária; b) indústria, comércio e transportes; c) profissionais liberais; d) funcionários públicos. Esses deputados eram 20, representando os empregados, entre eles 2 representantes dos funcionários públicos; e 20, representando os empregadores, neles incluídos 3 representantes dos profissionais liberais.

Pelo Decreto n. 22.627 de 07/04/1933 aprovou as instruções para a realização das eleições já expedidas para a Assembleia, pelo Tribunal Superior Eleitoral, com base no Código Eleitoral. Após fixar o número e estabelecer o modo de escolha dos representantes das associações profissionais que participariam da Assembleia (Decreto n. 22.653 de 20/04/1933), por meio do Decreto n. 23.102 de 19/08/1933, convocou-a e definiu a data de 15/11/1933 para sua instalação.

Getúlio, com a finalidade de liderar a Assembleia Constituinte, promoveu a formação de partidos organizados pelos interventores, integrando-os em um programa político no mínimo coincidente com o projeto constitucional elaborado pela referida Comissão. Nesse íterim, o registro eleitoral do PCB foi negado.

As eleições deixaram clara a vitória dos grupos políticos regionais. Dois meses depois, as entidades de classe indicaram os deputados classistas.

A Assembleia teria sido convocada por Getúlio para por panos quentes nos conflitos sociais. Visava dar maior poder de participação às camadas populares, mas a exclusão dos analfabetos com relação a direito de voto, assegurou, apenas, a participação das classes médias urbanas, vez que a dos trabalhadores já estava assegurada pelos deputados classistas.

4. A Assembleia Nacional Constituinte de 1933

A composição política da Assembleia refletiu as transformações econômicas e sociais pelas quais passava o país. Foi inovadora, no entanto, ao registrar a presença feminina, a médica paulista Carlota Pereira de Queirós; e a

primeira e única em que houve representação classista, como um meio inovador da participação da população, vinculada à esfera do trabalho. Mas, igualmente, como uma forma de superar o liberalismo da República Velha, assente no sufrágio universal, que havia se transformado em instrumento de fraudes eleitorais e do domínio dos coronéis.

A formação da bancada do governo ficou a cargo do Ministro da Justiça Antunes Maciel, que atuou principalmente junto aos grupos oligárquicos, em busca de apoio. Os classistas apoiavam integralmente o governo, face à institucionalização dos sindicatos, pouco antes, por Salgado Filho. Sob a influência tenentista, tinha também o apoio de Pedro Ernesto, interventor do Distrito Federal (RJ), que criara o Partido Autonomista; e de Lima Cavalcanti, interventor em Pernambuco, que criara o Partido Social Democrático. Nos Estados mais distantes da influência tenentista, os grupos políticos haviam promovido a formação de novas frentes ou partidos regionais. Em São Paulo, o Partido Democrático (contra a política do café com leite), o Partido Republicano Paulista, a Associação Comercial, a Liga Eleitoral Católica e a Federação dos Voluntários uniram-se na Chapa Única por São Paulo Unido. No Rio Grande do Sul, Flores da Cunha organizou o Partido Republicano Liberal, com o apoio dos coronéis do interior. Em Minas Gerais, Gustavo Capanema e Antônio Carlos de Andrade fundaram o Partido Progressista Mineiro, que se contrapunha a Artur Bernardes e ao Partido Republicano desse Estado.

Os maiores colégios eleitorais eram os de Minas Gerais com 37 deputados e São Paulo com 22.

Nos principais Estados, foram eleitos por São Paulo, 22 deputados, sendo 17 da frente integrada pelo Partido Republicano Paulista, Partido Democrático e Liga Eleitoral Católica; 3 do Partido Socialista Brasileiro e 2 do Partido da Lavoura (ligado ao interventor Waldomiro Lima); por Minas Gerais 31 deputados do Partido Progressista e 6 do velho Partido Republicano Mineiro; pelo Rio Grande do Sul, 13 do Partido Republicano Liberal e mais 3 da Frente Unida Gaúcha (Partido Republicano, Partido Libertador e Liga Eleitoral Católica, um de cada); em Pernambuco, foram eleitos 17 deputados, sendo 15 do Partido Social Democrático, 1 avulso e 1 do Partido Republicano Social.

Dessa forma, predominavam na Assembleia, em termos numéricos, os líderes das oligarquias regionais, vencedores das eleições, o que não significa que também tenham sido sempre vitoriosos em suas propostas na Assembleia, face às negociações e coalizões. De fato, no Rio Grande do Sul, Flores da Cunha elegeu uma grande bancada; em Minas Gerais o governador Olegário Maciel também; em São Paulo predominou a Frente Única. Os tenentes, apesar de ocuparem cargos importantes no Governo Provisório, não conseguiram eleger grande número de deputados.

A Assembleia foi aberta em 15/11/33, presidida por Antônio Carlos Ribeiro de Andrada, tendo como base, para discussão e elaboração do texto constitucional, o projeto da Comissão Constitucional. Durante seus trabalhos, em busca da conciliação de interesses, houve intensa articulação e disputa política entre o centralismo do governo e os grupos que representavam interesses regionais. Os Estados do norte e nordeste, mais fracos política e economicamente e mais dependentes do governo federal, defendiam a centralização; os Estados do centro-sul, mais autonomia dos Estados.

O governo lutava para incorporar o conjunto de mudanças, que implementava por decreto, no campo social, político e econômico. Suas posições eram defendidas pelas lideranças tenentistas eleitas. A Igreja Católica, como vimos, defendia maior intervenção do governo na vida política do país e o corporativismo. Os grupos oligárquicos defendiam um papel de relevo para os Estados, com mais autonomia. As manifestações populares e dos jornais foram reduzidas, sem acesso aos trabalhos constituintes, entre outros motivos porque vigorou a censura à imprensa durante todo o período respectivo. O integralismo, nascido logo após a Revolução Constitucionalista de 1932, contra o comunismo e a social democracia, propunha o Estado integral, versão brasileira do ideário fascista europeu.

Os Ministros do Governo Provisório tinham direito de voz, mas sem direito a voto. O Ministro Salgado Filho atuou nessas condições até 25/07/1934, quando se demitiu e foi substituído por Agamenon Magalhães, no Ministério do Trabalho, empossado em 26/07/1934, mantendo intensa atividade

nos trabalhos da Assembleia, com importante influência. Permaneceu nesse cargo até 25/11/1937, quando foi substituído por Valdemar Falcão.

Agamenon Magalhães, político hábil, havia aderido à Aliança Liberal, para apoiar Getúlio nas eleições de 1930. Ajudou a articular, em Pernambuco, a formação do Partido Social Democrata, de sustentação do Governo Provisório, pelo qual se elegeu deputado constituinte. Na Assembleia, alinhou-se com os parlamentaristas contra a orientação do governo. Apoiou a instituição da Justiça do Trabalho, a ampliação da rede de apoio aos trabalhadores urbanos e cooptou os sindicatos para combater o comunismo, principalmente após a Intentona de 1935. Para isso, defendia a intensificação do controle sindical e o aceno com novas leis sociais. Ao lado da criação dos chamados sindicatos fantasmas (sindicatos de carimbo), leis ao governo, promoveu a intervenção em grande número de sindicatos de oposição. A partir de abril de 1935, com a aprovação da Lei de Segurança Nacional, pelo Congresso, deu carta branca ao governo para combater os subversivos. Sua política intervencionista recebeu novo impulso reacionário, que se prolongou até a década de 1940, em pleno Estado Novo (FGV/CPDOC,2009). Em 1937, após a demissão de Vicente Rao, passou a acumular a função da Pasta da Justiça. Aliado fiel de Getúlio, entrou em choque com o interventor pernambucano Lima Cavalcanti, que tendia a apoiar o oposicionista Armando de Sales Oliveira, para a sucessão presidencial de 1938. Por isso, em 26/11/1937, após a decretação do Estado Novo, foi nomeado interventor em Pernambuco, onde era líder do PSD. Nesse cargo, misto de populismo e centralização, defendia uma política de paz e harmonia social. Muito criticado por sua feroz perseguição aos críticos oposicionistas, aos comunistas, às prostitutas, à cultura afro-brasileira, aos vadios e aos homossexuais, combateu o cangaço e os mocambos, embora tenha construído milhares de casas para a população pobre.

A composição das bancadas estaduais, na Constituinte, em geral era heterogênea, em decorrência do sufrágio proporcional, que facilitou a representação de diferentes partidos regionais, inclusive os de menor peso eleitoral. A quase totalidade deles gravitava em torno do Governo Provisório,

embora com conflitos nas respectivas circunscrições. O Governo, que havia declarado inelegíveis os adversários de véspera, contava assim com o decisivo apoio para os atos estritamente políticos, como viria a ser a eleição do presidente da República. Contava, ainda, com as bancadas profissionais, cooptadas pelos próprios órgãos governamentais, sobretudo o Ministério do Trabalho. Durante os debates da Constituinte, em face de temas jurídicos ou técnicos que afloravam, um a um, em cada capítulo do projeto de Constituição, armavam-se a todo pretexto árduas e especiosas controvérsias, somente deliberadas pela aprovação ou rejeição das emendas de plenário. Mas, à medida que se desenvolviam os trabalhos, vieram a se definir, aparentemente sem conotações partidárias, duas correntes, ambas numerosas: uma conservadora, na conjunção das bancadas majoritárias de São Paulo, Minas, Bahia, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul; e outra reformadora, formada pelos Estados de menor influência e pelas minorias existentes nos grandes Estados, bem como setores parciais da representação classista.

A primeira corrente tendia à revisão da Carta de 1891 e, por isso, conservou, o quanto possível, a estrutura herdada dos convencionais de Filadélfia. A segunda, por uma reforma profunda, em nome das frustrações provindas da contradição entre os compromissos enfáticos do regime de 1891 e sua impune desfiguração, inspirados por vários estudiosos, entre eles o paradigmático Alberto Torres, em prol do antiliberalismo e da democracia social. Suas teses, em *O Problema Nacional Brasileiro* (TORRES, 1982), editadas em 1914, despertaram a admiração quase sectária da mocidade militar que, vencida nas insurreições de 1922 e 1924, concorreu ativamente para a vitória do movimento de 1930 e passara a se interessar, no Clube 3 de Outubro, por novos temas ou pela correção de excessos, arbitrariedades e artimanhas, tão reprovados pela opinião comum quanto enraizados na área dos negócios públicos. O radicalismo dos conservadores, intérpretes oficiais do situacionismo perdurou até a última e definitiva votação do substitutivo da Comissão dos 26, quando se consideraram as emendas de plenário por via de destaques regimentais. No impasse, os líderes dos grandes Estados resolveram convidar os reformadores para reuniões sucessivas nos dias

seguintes, a fim de acertarem, por meio de expedientes regimentais, posicionamentos comuns. Desse acerto e daquele reexame se deveu o texto consensual que se promulgaria, especialmente a unicameralidade do Legislativo, exercido pela Câmara dos Deputados com a colaboração do Conselho Federal, denominação esta que foi substituída, ao apagar das luzes, por Senado, a título de emenda de redação; e a incumbência do Senado de promover a coordenação dos poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura das leis (em casos restritos) e praticar os demais atos de sua competência (arts. 88 a 94 da Constituição de 1934). Da corrente vencida partiu a ideia, defendida por Clemente Mariani, de indicar, como órgãos de cooperação nas atividades governamentais, o Ministério Público e o Tribunal de Contas; aos quais foram acrescentados os conselhos técnicos, estes por iniciativa da corrente reformadora.

5. O Estado Social Corporativista - A Constituição de 1934

“Com a Constituição de 1934 chega-se à fase que mais de perto nos interessa, porquanto nela se insere a penetração de uma nova corrente de princípios, até então ignorados do direito constitucional positivo vigente no País. Esses princípios consagravam um pensamento diferente em matéria de direitos fundamentais da pessoa humana, a saber, faziam ressaltar o aspecto social, sem dúvida, grandemente descurado pelas Constituições precedentes. O social aí assinalava a presença e a influência do modelo de Weimar numa variação substancial de orientação e de rumos para o constitucionalismo brasileiro.” (BONAVIDES, 2009, p.366)

A Constituição da República Nova (como era denominada) foi promulgada em 16/07/1934. Em seu Preâmbulo declarou, de forma inovadora, que visava instituir o bem-estar social e econômico.

Com efeito, reformulou profundamente a organização política da República Velha, instituindo um modelo de Estado que atendia aos vários interesses em conflito, inclusive o tenentismo nacionalista, mas sem descartar as oligarquias e o integralismo, de cuja ideologia decorreu a subordinação dos sindicatos ao Governo, os interesses dos militares, da classe média urbana e dos industriais, na articulação do poder. Correspondeu a uma alteração da

fração hegemônica da classe dominante, que era a oligarquia cafeeira, cuja elite dirigente teve de se amoldar aos interesses dos referidos setores. (AMPAR, 2009) A hegemonia agroexportadora passou a se conciliar ou mesmo se submeter aos interesses dos referidos setores no aparelho do Estado. Segundo Arruda e Caldeira (1986), o corporativismo manifestava-se pela busca conciliatória de Getúlio apoiando-se nos trabalhadores por meio da legislação social. Mas, por isso, fora das relações propriamente capitalistas, deixou de lado os rurais, os domésticos e as grandes parcelas da população sem emprego formal.

Foi eclética, uma mistura de princípios liberais, autoritários e corporativistas.

Delimitou o mandato dos senadores para oito anos, sendo dois senadores por Estado-membro. Atribuiu *status* constitucional à Justiça Eleitoral (art. 82 e sgts), o voto secreto, obrigatório para maiores de 18 anos de idade (até então, conforme o art.70 da Constituição de 1891, de 21 anos), mas manteve a exclusão de voto dos analfabetos, mendigos, soldados de pré e religiosos confessionais (art. 52 §1º). Assegurou os direitos civis (art. 113). Inovou com a instituição do voto feminino, já assegurado pelo Código Eleitoral de 1932. Ampliou a cidadania e reconheceu os direitos da população à educação, ao trabalho, à saúde e à cultura, embora abstratamente, sem organicidade que pudesse viabilizá-los. Criou um capítulo novo relativo à família, por pressão da bancada católica e dessa forma, oficializou, ainda, o casamento religioso com efeitos civis. Restabeleceu e ampliou as franquias liberais, até então suspensas, em parte, pelo Governo Provisório, ao assegurar os marcos fundamentais dos direitos civis e das liberdades democráticas. Incorporou o princípio da autonomia dos municípios, instituído pela Emenda Constitucional de 1926, (art. 7º inciso I alínea *d* e art. 13), embora os excluindo da União. (art. 1º) Além de manter o *habeas corpus* (que era, até então, o único meio processual de defesa dos direitos e liberdades individuais, contra o arbítrio estatal, mas agora especificamente contra atos atentórios da liberdade de locomoção), instituiu inovadoramente a ação de mandado de segurança (art. 113 item 33), contra os atos arbitrários das autoridades públicas que

atentassem contra direito individual certo e incontestável. Concedeu anistia ampla a todos os que tivessem cometido crimes políticos. (art. 19 das Disposições Transitórias) Estabeleceu que a primeira eleição presidencial seria indireta, pelo voto dos membros da Assembleia Constituinte, mas as seguintes pelo voto direto.

Promulgada a Constituição em 17/07/1934, Getúlio foi eleito no dia seguinte, por 175 votos contra 71, estes últimos dados aos demais candidatos. A saber: 59 para o velho caudilho Borges de Medeiros, 2 para o almirante Protógenes Guimarães (Ministro da Marinha), 4 para o general Goes Monteiro (Ministro da Guerra) e 8 votos isolados; embora essa divisão, no interior das Forças Armadas, fosse aparente, apenas para fazer número, para legitimar a eleição de Getúlio para um mandato que iria até 03/05/1938, quando, então, seriam convocadas eleições diretas. Posteriormente, realizaram-se as eleições para as assembleias constituintes estaduais, bem como para a nova Câmara Federal e Senado. Em seguida, os governadores foram eleitos pelas próprias assembleias estaduais, indiretamente.

A questão social assumiu grande importância em seu texto, com a instituição dos direitos trabalhistas, previdenciários e sindicais. Além de proclamar os direitos e as garantias individuais, instituiu a primeira manifestação dos direitos sociais, ao reconhecer e regular o conflito entre o capital e o trabalho, de forma inovadora, no Título IV “Da Ordem Econômica e Social,” (art. 115) (NASCIMENTO, 2009) a ordem econômica referida aos interesses do capital e a social aos dos trabalhadores. Esse Título instituiu, pioneiramente, um conjunto de preceitos constitucionais, regulando especificamente sobre as relações entre o capital e o trabalho, de tal modo que, em seus dispositivos, a ordem social foi assim reconhecida como contrapartida da ordem econômica, o que não deixou de ser um avanço, porém demarcando a natureza institucional dos direitos sociais. Com isso, o conceito de ordem social ficou delimitado aos direitos estritamente vinculados às relações de trabalho, sobretudo as formalizadas pela carteira profissional. Com isso, fora dessas relações, as demais parcelas da população continuaram excluídas. Tanto que o art. 113, item 34, que proclamou caber a todos o direito

de prover a própria subsistência e de sua família, por meio do trabalho, teve que remeter abstratamente ao Poder Público o dever de amparar, na forma da lei, os que estivessem em “situação de indigência.”

No art. 121 instituiu os direitos sociais em garantia da proteção das condições de trabalho e proclamou os princípios que, em seguida, deram fundamento à legislação social, por influência externa, dos interesses econômicos internos e das demandas sindicais e partidárias.

Como se vê, a unificação da ordem social com a ordem econômica subordinava, portanto, as respectivas regulamentações aos mesmos fundamentos jurídicos e econômicos, sob a forma corporativista, como contrapartida linear das relações entre capital e trabalho. O economicismo dessa concepção, somente com a instituição dos direitos sociais universais, seria superado, como veremos na análise do Estado Democrático de Direito.

As desigualdades sociais foram assim institucionalmente apreendidas sob a mesma lógica de que eram efeito e, por isso, centradas no mercado de trabalho e na relação formal de emprego, como limites institucionais do reconhecimento da cidadania e da política de inclusão social getulista. A ordem social configurava-se, nesse sentido, como um complexo de direitos e obrigações trabalhistas, sindicais e previdenciários, por isso, instituídos apenas nos quadros do trabalho formal, âmbito em que se limitava o reconhecimento da cidadania, no qual deveriam ser integradas as amplas massas de trabalhadores, sobretudo ex-escravos e imigrantes. Fora desse âmbito, portanto, sobretudo na área rural, os direitos da população, segundo os expressos termos dessa Carta, somente poderiam se referir, segundo o art. 138, adiante transcrito, à situação de “indigência”, a medidas de “amparo” aos desassistidos, à maternidade e à infância, à educação “eugênica”, a “socorro” às famílias numerosas, à proteção da juventude contra a exploração e o abandono e à luta contra os “venenos sociais.”

Apesar disso, o impacto dessa Constituição com a instituição deste Título, refletiu a intervenção estatal na ordem econômica e social, que se expandiu e aperfeiçoou nas décadas seguintes, embora sob a mesma concepção político-institucional. De fato, essa concepção de unificação da

ordem econômica à social, manteve-se incólume desde então, após a queda do Estado Novo, nas constituições posteriores, até a Constituição de 1988. Isso evidencia que não era apenas a expressão do corporativismo getulista, mas da própria concepção do Estado Social e da cidadania restrita; em contraste com o Estado Democrático de Direito, que instituiu uma profunda separação entre as duas ordens, como veremos.

O sentido mais profundo da instituição da nova ordem econômica e social expressou-se pela inserção, no art. 16 das Disposições Transitórias, da necessidade da elaboração imediata de um plano de reconstrução econômica nacional. Nacionalizou as minas, jazidas e quedas de água, assim como os bancos de depósito e as empresas de seguro.

A Constituição de 1934, em que pesem essas limitações, estava sintonizada com o movimento do constitucionalismo, na época, como a mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar (e a Lei Fundamental de Bonn), que inspiraram o conceito de constituições econômico-sociais, tendo como temas a função social da propriedade privada (art. 113 item 17), os direitos sociais, a família e a profissionalização do funcionalismo público, repetidos nas constituições seguintes. Seguiu o modelo alemão bismarckiano do séc. XIX, baseado no seguro social de natureza contratual, em oposição ao modelo inglês beveridgiano, instituído com base no relatório de William Beveridge de 1942, de natureza universalista. Esse processo, no final do século, viria a sofrer a primeira inflexão com o neoliberalismo, em plena era de globalização, quando se pretendeu instituir a ideia de que o Estado havia esgotado a tarefa intervencionista no domínio econômico e social.

Dessa forma, segundo Oscar Vilhena Vieira, a Carta de 1934 serviu de inspiração à Constituição de 1988:

“É nela que se define um modelo de Estado que é o Estado mais próximo à social-democracia do que o Estado liberal. Foi onde realmente bifurcamos e nos orientamos mais para uma sociedade em que se aceita a ideia de que deve haver direitos sociais, de que deve haver integração das pessoas por intermédio de serviços proporcionados pelo Estado.”

No mesmo sentido, Guedes (1988) arrazoa que essa Constituição incorporou o constitucionalismo europeu de inspiração social-democrata, por influência da Constituição de Weimar, que havia instituído uma república federativa com um Executivo centralizador. Também a Constituição da Espanha de 1931.

Examinemos, então, o conteúdo dos direitos sociais e sua natureza clássica, a começar pelos direitos sindicais, instituídos em seu texto, no art. 120, literalmente:

“Art. 120. Os sindicatos e as associações profissionais serão reconhecidos de conformidade com a lei.
Paragrapho unico. A lei assegurará a pluralidade sindical e a completa autonomia dos sindicatos.”

A instituição dos sindicatos de trabalhadores e de empregadores, em nível constitucional, por sua importância para o dirimento dos conflitos entre capital e trabalho, expressou o reconhecimento da questão social como um efeito direto e natural das relações de trabalho; e do relevante papel a ser exercido para a arbitragem dos conflitos daí decorrentes, por intermediação das Comissões de Conciliação do Ministério do Trabalho. A solução corporativista significou, portanto, que a concepção ideológica predominante era de que as relações entre capital e trabalho não tinham condições de negociação direta dos respectivos interesses, senão por intermediação da arbitragem estatal, centrada no Ministério do Trabalho. Essa concepção foi mantida nas constituições seguintes, somente superada na Constituição de 1988, quando esta assegurou aos sindicatos o princípio da autonomia e a liberdade sindical (art. 8º); com fundamento no qual, entre outras prerrogativas, instituiu a obrigatoriedade da prévia negociação direta (art. 114 § 2º e §3º) e tornou facultativa a mediação do Ministério do Trabalho e a arbitragem dos conflitos trabalhistas pela Justiça do Trabalho.

Mas a Carta de 1934 foi mais além porque Getúlio foi derrotado em sua pretensão de instituir o princípio da unicidade sindical. Aprovou a pluralidade e autonomia sindical, um princípio que, por isso, a prática do Ministério do Trabalho tornaria ineficaz e que, logo depois, seria revogado. A pluralidade foi vencedora por influência dos deputados católicos e dos integralistas. Para eles,

propiciaria a organização dos sindicatos confessionais, pois somente no âmbito do catolicismo o capital e o trabalho encontrariam a paz social. Quando, em 1937, já se prenunciava a Constituição do Estado Novo, que finalmente instituiu a unicidade sindical, o líder dos integralistas, Plínio Correa de Oliveira, em defesa da continuidade da pluralidade, preconizava que o sindicato único seria necessariamente leigo e não confessional. Ao contrário, com a pluralidade, seriam as organizações profissionais católicas que resolveriam a questão social, expurgando o comunismo (OLIVEIRA, 1937). Os católicos dividiam-se em duas correntes. Os monarquistas, que questionavam a própria legitimidade da República, ligados ao pensamento ultramontano (romanização); e os republicanos, de índole liberal. Mas, no conjunto, opunham-se à laicidade da Constituição de 1934, segundo a tendência, fortalecida durante a República Velha, entre 1910 e 1930, de reaproximação entre a Igreja e o Estado, com a tentativa de organização de partidos católicos. (BEZERRA, 1988) Mas, a Constituição de 1934, entretanto, frustrou essa aproximação definitivamente.

A corrente a favor da pluralidade foi apoiada também pelos deputados classistas, porque o art. 23 dessa Constituição exigia que sua candidatura deveria ser indicada pelos sindicatos e associações profissionais. Isso se viabilizava com a pluralidade, que permitia a criação de sindicatos fantasmas ou de carimbo, não vinculados ao Ministério do Trabalho, apenas para cumprir essa exigência constitucional (OLIVEIRA, 2009). Frustrado, quanto à vitória da pluralidade, Getúlio, no dia seguinte à promulgação da Constituição, baixou o Decreto n. 24.694 de 17/07/1934 sobre os sindicatos profissionais e patronais, aparentemente regulamentados pelo princípio da autonomia e da pluralidade, porém submetidos à exigência (que instituíra na lei sindical de 1931) de seu prévio reconhecimento pelo Ministério do Trabalho (como instrumento indireto de manter o controle da unicidade e da oposição sindical); proibiu os funcionários públicos de se sindicalizarem, regulou pormenorizadamente sobre as atribuições sindicais, competências e funcionamento, incluindo as uniões, federações e confederações. Ressaltamos que uma importante característica da lei sindical foi a instituição do conceito de “categoria profissional” (empregados, avulsos e profissionais liberais) e de categoria “econômica”

(empregadores), como base da representatividade legal dos sindicatos. O primeiro conceito é que serviu de fundamento para a instituição dos famosos Institutos de Aposentadorias e Pensões-IAPs, adiante citados, base do sistema previdenciário, somente extintos pelo regime militar, como veremos.

Com esse Decreto, apesar da pluralidade, a exigência do reconhecimento sindical pelo Ministério do Trabalho assegurou ao governo o controle dos sindicatos, porque lhe permitia não reconhecer os de oposição. A partir da promulgação da Carta de 1934, passou a contar com o apoio crescente dos sindicatos de trabalhadores e dos empregadores, como evidenciam os dados oficiais. (IBGE, 1946)

Vejamos, em seguida, os direitos trabalhistas, vários deles instituídos anteriormente, durante o Governo Provisório. Sua inserção, na lei constitucional, no título da Ordem Econômica e Social expressou, desde logo, a superação do princípio contratualista e privatista do Código Civil de 1916 (com base no qual eram até então interpretados, de igualdade formal entre as partes contratantes, nas relações de trabalho), pelo princípio da desigualdade entre empregadores e empregados, estes considerados em inferioridade econômica, que a doutrina e a jurisprudência trabalhistas, a partir daí, viriam a denominar de “hipossuficiência”. (CESARINO JÚNIOR, 1953) Em decorrência e compensação dessa desigualdade, instituiu o conceito de proteção social, próprio da concepção jurídico-institucional dos direitos sociais, cuja legalidade a vontade meramente contratual não poderia derogar. Ao mesmo tempo, em contrapartida, assegurou aos interesses econômicos as prerrogativas da propriedade privada com função social, do lucro e da liberdade de organização empresarial, para dispor do uso e consumo da força de trabalho (princípio da subordinação), nos limites, entretanto, instituídos pelos direitos sociais.

Os direitos trabalhistas e previdenciários, uma grande conquista dos trabalhadores, na época, foram os seguintes, literalmente:

“Art. 121. A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do país.
§ 1º A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que collimem melhorar as condições do trabalhador:

- a) Proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil;
- b) Salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, ás necessidades normaes do trabalhador;
- c) Trabalho diario não excedente de oito horas, reduziveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei;
- d) Proibição de trabalho a menores de 14 annos; de trabalho nocturno a menores de 16; e em industrias insalubres, a menores de 18 annos e a mulheres;
- e) Repouso hebdomadário, de preferencia aos domingos;
- f) Férias annuaes remuneradas;
- g) Indemnização ao trabalhador dispensado sem justa causa;
- h) Assistência medica e sanitária ao trabalhador e á gestante, assegurado a esta descanso, antes e depois do parto, sem prejuizo do salário e do emprego, e a instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de accidentes do trabalho ou de morte;
- i) Regulamentação do exercicio de todas as profissões;
- j) Reconhecimento das convenções collectivas de trabalho.

§ 2º Para o effeito deste artigo, não há distincção entre o trabalho manual e o trabalho intellectual ou technico, nem entre os profissionaes respectivos.

§ 3º Os serviços de amparo á maternidade e á infância, os referentes ao lar e ao trabalho feminino, assim como a fiscalização e a orientação respectivas, serão incumbidos de preferênciamulheres habilitadas.

§ 4º O trabalho agricola será objeto de regulamentação especial, em que se attenderá, quanto possível, ao disposto neste artigo. Procurar-se-á fixar o homem no campo, cuidar da sua educação rural, e assegurar ao trabalhador nacional a preferênciamulheres na colonização e aproveitamento das terras publicas.

§ 5º A União promoverá, em cooperação com os Estados, a organização de colonias agricolas, para onde serão encaminhados os habitantes de zonas empobrecidas, que o desejarem, e os sem trabalho.”

Com relação aos direitos previdenciários, deduz-se do texto da alínea h) acima transcrito, a previsão da instituição generalizada do sistema previdenciário, mediante a contribuição das empresas, dos seus empregados e da União, para assegurar a aposentadoria no caso de velhice ou invalidez comum não acidentária e auxílio no caso de incapacidade temporária por acidente ou doença do trabalho ou de afastamento da trabalhadora por maternidade. Também a pensão aos dependentes, no caso de morte. Cumpre lembrar que os benefícios e auxílios gerados por acidentes e doenças do trabalho, já haviam sido objeto da importante Lei dos Acidentes do Trabalho, baixada em 10/07/1934, dias antes da promulgação da Constituição, pelo

Governo Provisório, como acima exposto, por meio do Decreto n. 24.637 de 10/07/1934.

Com relação à Previdência Social, em sentido genérico, o citado dispositivo recepcionou o sistema dos IAPs, que já estava em vigor, por iniciativa de Getúlio. A respeito com relação aos direitos previdenciários, sua gênese foi a Lei n. 3.397 de 1888, autorizando o governo a abrir uma “caixa de socorros” para os trabalhadores das estradas de ferro. Mas, por essa lei ter sido praticamente letra morta, considera-se que foi a Lei Eloy Chaves, de 1923, que inaugurou o sistema no país, ao instituir, nas empresas ferroviárias, uma Caixa de Aposentadorias e Pensões (CAP) para os respectivos empregados, inspirada nas Cajas de Jubilaciones argentinas. Esse sistema foi depois sucessivamente ampliado, pelo Decreto n. 5.109/1926, para os portuários e marítimos e empregados vinculados à infraestrutura dos serviços públicos. As CAPs asseguravam benefícios básicos de aposentadorias e pensões aos empregados das empresas em que eram organizadas.

Foi a Lei Eloy Chaves, que instituiu originariamente o direito de estabilidade no emprego, após dez anos, como mecanismo atuarial de garantia de receita previdenciária para o pagamento dos benefícios. Esse famoso direito veio depois a ser generalizado pelo terceiro governo getulista, com a edição da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT de 1943 e somente viria a ser revogado pelo regime militar, em 1967, quando foi instituído o FGTS, como veremos oportunamente. Teve sua origem, portanto, como garantia atuarial previdenciária.

O Governo Provisório, por meio do Decreto n. 20.465, de 1/10/1931, reformulou a legislação das caixas, já então extensiva a outros serviços públicos. O sistema das CAPs era um tipo de seguro social estruturado por empresa, embora depois unificado na Caixa Geral. Significava que o sistema assegurava benefícios apenas para os empregados da empresa em que a Caixa era instituída. Em 1933, as CAPs foram transformadas pelo Governo Provisório em Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs), vinculados aos sindicatos, adequando-se à política getulista sindical. Essa alteração modificou estruturalmente os critérios de filiação anteriores, não mais por empresa, mas

por categoria profissional, um conceito caro ao corporativismo. Se o trabalhador era um marítimo, por exemplo, independentemente da empresa de navegação em que trabalhasse, filiava-se ao Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Marítimos (IAPM) (criado pelo Decreto n. 22.872, de 29/6/1931), que assegurava benefícios a todos os empregados de empresas de navegação e não apenas aos de uma delas.

O critério da categoria profissional veio a ser igualmente instituído pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT, 1943), para a organização sindical, já agora sobre o princípio da unicidade sindical, um critério que prevalece até hoje, no art. 8º da Constituição Federal. Viabilizou e prestigiou a participação dos sindicatos, por meio de seus representantes, na administração dos IAPs, juntamente com os do governo e empresários.

Os IAPs asseguravam basicamente aposentadorias, pensões, auxílio-doença e funeral e assistência médica aos filiados. Mas esses benefícios e serviços variavam de instituto para instituto. Nos anos 1950 e 1960, por exemplo, a categoria dos bancários era muito prestigiada, em face dos benefícios e serviços que o IAPB assegurava, assim como outros institutos. Essa diversidade, no entanto, à medida que a categoria dos trabalhadores se unificava, criava reivindicações dos trabalhadores por maior uniformização dos benefícios. A eficácia dessa concepção, entretanto, também nesse campo extrapolou o corporativismo getulista, visto que foi somente no regime militar que, em 1967, o sistema previdenciário se desvinculou do critério de categoria profissional, o que lhe permitiu uniformizar os benefícios e unificar os institutos no antigo Instituto Nacional de Previdência Social-INPS. Tanto que a Constituição de 1988 herdou essa uniformização e unificação e, com base nela, propiciou ao Estado Democrático de Direito a concepção universalista da Previdência Social, como evidenciaremos adiante.

Mas, para assegurar a eficácia dos direitos sociais, instituiu a Justiça do Trabalho, no art. 122, de natureza administrativa e paritária, vinculada ao Executivo federal e, portanto, sob seu controle, porque excluída da aplicação dos princípios reguladores do Poder Judiciário, entre eles o da independência de suas decisões, *verbis*:

“Art. 122. Para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho, á qual não se applica o disposto no Capítulo IV, do Título I.

Parapho único. A constituição dos Tribunaes de Trabalho e das Comissões de Conciliação obedecerá sempre ao principio da eleição de seus membros, metade pelas associações representativas dos empregados, e metade pelas dos empregadores, sendo o presidente de livre nomeação do Governo, escolhido dentre pessoas de experiência e notória capacidade moral e intellectual.”

É certo que a Constituição de 1934 instituiu também o dever do Estado, em assegurar atividades sociais, pioneiramente, a começar pela assistência social, alínea c do inciso XIX do art. 5º como competência privativa da União e supletiva dos Estados. Mas, em relação às parcelas da população excluídas do mercado de trabalho, formulou apenas diretivas sem eficácia, sem reciprocamente as assegurar como direitos subjetivos públicos, como ocorre no Estado Democrático de Direito. Tratava os excluídos caritativamente, resvalando para o assistencialismo, vez que a cidadania estava restrita às relações formais de trabalho. Um assistencialismo que, no entanto, o Estado assumiu como dever, independentemente e em paralelo com a benemerência caritativa das elites (filantropia), sobretudo de origem religiosa. A Constituição avançou, nesse sentido, ao assumir essa tarefa como função do Estado; embora relativamente, se considerarmos a completa omissão, a respeito da ordem constitucional até então em vigor. Isto porque também regulou, pela primeira vez, em nível constitucional, sobre a situação dessas parcelas populacionais, pois atribuiu tal dever ao Poder Público. Nesse caso, responsabilizou não somente o governo federal, como os governos estaduais e municipais, embora abstratamente, como acima referido, sem organicidade que pudesse assegurar sua eficácia.

É o que se constata no texto do art. 113, item 34, literalmente:

“34. A todos cabe o direito de provêr á própria subsistência e á da família, mediante trabalho honesto. O poder publico deve amparar, na fórmula da lei, os que estejam em indigência.”

Sobretudo, na redação do art. 138 , *verbis*:

“Art. 138. Incumbe á União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:

- a) Assegurar amparo aos desvalidos, creando serviços especializados e animando os serviços sociaes, cuja orientação procurarão coordenar;
- b) Estimular a educação eugênica;
- c) Amparar a maternidade e a infância;
- d) Socorrer as famílias de prole numerosa;
- e) Proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono physico, moral e intellectual;
- f) Adoptar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e a morbidade infantis; e de hygiene social, que impeçam a propagação de doenças transmissíveis;
- g) Cuidar da hygiene mental e incentivar a lucta contra os venenos sociaes.

.....
 Art. 141. É obrigatório, em todo território nacional, o amparo á maternidade e infância, para o que a União, os Estados e os Municípios destinarão um por cento das respectivas rendas tributarias”.

É importante a observação de que essas medidas, embora meramente assistencialistas, foram instituídas pelo art. 138 dentro do Título único sobre a Ordem Econômica e Social. Reconhecia, assim, que a exclusão das relações formais de trabalho era gerada pela própria ordem econômica. E, sintomaticamente, nesse caso, impôs a competência para as leis respectivas não somente ao governo federal, como fizera com a legislação do trabalho (art. 5º inciso XIX alínea i), mas também aos Estados e municípios. A par disso, assegurou a assistência judiciária aos “necessitados.” (item 32 do art. 113)

Esses dispositivos, portanto, apenas suscitavam a gênese dos direitos sociais sob o princípio da universalidade, como veremos, na análise da Constituição de 1988; um princípio que contém o conceito de proteção social das parcelas populacionais até então excluídas e que implica no reconhecimento daqueles direitos, como direitos públicos subjetivos dos assistidos, integrados à universalização da cidadania; enquanto na Constituição de 1934 eram apenas deveres do Poder Público, com caráter meramente assistencialista. Denota-se, portanto, que a cidadania na concepção getulista era restrita à ocupação profissional, regulada por lei e não universal.

A Constituição de 1934 também se notabilizou por não se restringir aos trabalhadores do setor privado, pois iniciou a reforma do Estado. Introduziu de

forma inovadora e avançada o princípio do concurso público para o ingresso dos então denominados funcionários públicos, um princípio fundamental para a ordem democrática, por isso mantido e aperfeiçoado em todas as constituições brasileiras posteriores.

No Brasil imperial, o provimento dos candidatos no exercício dos cargos e funções públicas dava-se por nomeação do Imperador, similar aos cargos de confiança, sob regime da administração pública patrimonialista. A Carta de 1824, no seu art. 179, inciso XIV, condicionava essas nomeações, de forma inepta, aos talentos e virtudes dos candidatos. A Constituição de 1891 remeteu-as à edição de uma lei especial, sem eficácia. Foi a Carta de 1934 que, no art. 170 § 2º, agora sob os princípios da administração pública burocrática (racionalidade), instituiu o estatuto dos funcionários públicos e condicionou sua nomeação ao concurso de provas e títulos. Passou a prevalecer, assim, o princípio da competência profissional, aparelhado com o direito de qualquer um do povo de se candidatar aos cargos públicos, segundo, apenas, os respectivos requisitos técnicos. Depois, no Estado Democrático de Direito é que a administração burocrática veio a ser superada pela concepção gerencial, desenvolvida, sobretudo, pelo então ministro Bresser Pereira, um outro traço que o distingue do Estado social.

Enquanto a Constituição Federal de 1891 apenas assegurava o “livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial,” a de 1934, além disso, proibiu aos estrangeiros o exercício das profissões liberais. (art. 113 item 13)

Previu originariamente uma lei especial para regulamentar o trabalho agrícola e as relações no campo, que somente o regime militar implementaria, como veremos. No art. 21 § 4º, mandou regular o trabalho agrícola com o propósito de fixar o homem no campo e cuidar de sua educação rural. No § 5º desse artigo determinou que a União deveria promover

“(…) em cooperação com os Estados, a organização de colônias agrícolas, para onde serão encaminhados os habitantes de zonas empobrecidas, que o desejarem, e os sem trabalho.”

Instituiu programaticamente o ensino público gratuito e obrigatório, com a competência privativa da União para traçar as diretrizes da educação nacional (art. 5º inciso XIV), um princípio repetido em todas as constituições posteriores. Assegurou a universalidade do direito à educação, no art. 149, ao declarar que é um direito de todos e que o ensino primário integral (inclusive para adultos) seria gratuito e de frequência obrigatória e prescrever que o ensino educativo ulterior ao primário deveria tender à gratuidade. No art. 152 já previa inovadoramente um Plano Nacional de Educação, elaborado pelo Conselho Nacional de Educação, a ser aprovado pelo Poder Legislativo e lastrado em fundos orçamentários especiais, isto é, vinculados. Assim, no art. 156, instituiu o princípio da vinculação orçamentária para a educação, que todas as constituições posteriores jamais derogaram, apenas variando de critérios, ao determinar que a União e os municípios deveriam aplicar 10%, no mínimo e os Estados e o Distrito Federal nunca menos de 20% das receitas de impostos. E a União, nas zonas rurais, pelo menos 20% do orçamento dedicado à educação.

Continuou a denominar a República de “Estados Unidos do Brasil” e manteve o modelo federativo de 1891, mas mitigado, por influência das constituições parlamentaristas europeias, ao conferir ao Senado da República atribuições de coordenação dos três Poderes e a função legislativa à Câmara dos Deputados. Com efeito, esta sofreu mudanças, porque o Congresso, que até então era bicameral (art. 16 § 1º da Constituição de 1891), transformou-se em unicameral, pois o Senado ficou apenas como coordenador dos demais Poderes e a Câmara com a função legiferante, com uma composição heterogênea, semicorporativa, com cinquenta deputados eleitos pelos cidadãos e cinquenta pelas organizações profissionais. Assim, reduziu o Senado a mero colaborador da Câmara, no exercício do poder legislativo, com a incumbência maior de promover a coordenação dos poderes federais. No art. 2º das Disposições Transitórias, determinou que a Assembleia Nacional Constituinte, após a posse do Presidente da República, transformar-se-ia na Câmara dos Deputados e exerceria cumulativamente as funções do Senado Federal, até que ambas as casas se organizassem nos termos do art. 3º § 1º. Este

dispositivo, por sua vez, dizia que, no prazo de 90 dias, após a promulgação da Constituição, seriam promovidas as eleições para a Câmara dos Deputados e Assembleias Constituintes estaduais, que elegeriam os deputados, governadores e senadores, mantida a representação classista.

Mas o Poder Público ficou mais concentrado no governo central, com o poder de intervenção da União nos Estados (não previsto na Constituição de 1891), como instrumento para a execução de ordens e decisões de juizes e tribunais federais, mediante processo instaurado perante o Supremo Tribunal Federal, por meio de representação do Procurador Geral da República. O princípio da intervenção, como se sabe, é originariamente uma questão política de ingerência da União nos Estados. Dessa forma, foi transformada em questão jurídica, a ser decidida por fundamentos técnicos (função política do Supremo), segundo o modelo europeu de Corte constitucional. Assim, ao mesmo tempo em que a Carta de 1934, no seu art. 68, vedou ao Judiciário o conhecimento de questões exclusivamente políticas, propiciou-lhe o julgamento respectivo por meio dessa concepção.

“Aprimorou o controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, além de reforçar a previsão expressa do recurso extraordinário ao STF. Instituiu o Ministério Público e o Tribunal de Contas. Representou um divisor de águas na evolução do constitucionalismo brasileiro, segundo o Ministro Celso de Mello do STF” (FREITAS, 2.009).

Por meio do art. 88, mitigou o regime presidencialista, instituído originariamente na Constituição de 1891, no modelo liberal, com nítida e rígida separação de competências dos três Poderes. Estes, que até então deviam ser “harmônicos”, agora deveriam ser “coordenados entre si”. Para isso, instituiu o Senado como órgão dessa coordenação, atribuindo-lhe, portanto, feição parlamentarista, além de apenas “colaborar na feitura das leis.” (art. 91)

Mas, segundo Mendonça e Vlach (2009), a conciliação entre os traços parlamentaristas, liberais e autoritários não era compatível. Ao tentar tal sincretismo ideológico, a Constituição de 1934 criou as bases de sua destruição, materializada nas intensas disputas políticas e, sobretudo, econômicas, que se seguiram e lastraram as premissas do golpe de 1937. Não estranha, portanto, que tenha durado apenas três anos, revogada pela

Constituição de 1937 e o Estado Novo. Mais do que isso, na prática vigorou por apenas um ano, face à Lei de Segurança Nacional. Tanto que o seu texto não agradou plenamente a Getúlio, tolhido em seu raio de ação. Privadamente dizia-se que estava disposto a ser o “primeiro revisor da Constituição.”

O período de 1934 a 1937 foi de intensa polarização ideológica, marcado pelo embate entre comunistas e integralistas, estes últimos com o apoio de muitos setores da classe média urbana. Getúlio, apesar de anticomunista, entretanto, não aderiu ao integralismo, tirando partido dos conflitos entre essas duas frentes. Haviam se acirrado, após a entrada de Luís Carlos Prestes para o PCB, em agosto de 1934, como foi o violento choque ocorrido em outubro, na cidade de São Paulo. O Congresso Nacional, entre o conservadorismo estatal e a presença incômoda dos comunistas na frente popular (ANL), aprovou, sob a liderança de Raul Fernandes, a Lei n. 38 de 04/04/1935 – Lei de Segurança Nacional. Em novembro de 1935 a Intentona Comunista deu a desculpa para suspender a Constituição, inclusive com fundamento em dispositivos de seu próprio texto. Essa lei definia os crimes contra a ordem política e social e assegurava ao governo federal poderes especiais para reprimir atividades consideradas subversivas. Em seguida, Getúlio baixou um decreto de 11/07/1935 de dissolução da Aliança Nacional Libertadora (criada pelo PCB paralelamente à discussão do projeto de lei de 30/03/1935 da Lei de Segurança Nacional), em decorrência do manifesto de Luís Carlos Prestes, que conclamava a população à revolução. Suspendeu a ordem constitucional e voltou a governar por decretos-lei, sob o alarme de um golpe comunista (Plano Cohen, uma farsa criada pelo general Olímpio Mourão Filho, o mesmo que vinte anos depois desencadearia o golpe que derrubou João Goulart).

Em 1936, Francisco Campos já anunciava que redigia uma nova Constituição. Em 10/11/1937, o Exército fechou o Congresso e Getúlio outorgou-a.

6. O Estado Novo - A Constituição de 1937

Em 10/11/1937, o governo getulista baixou a nova Constituição, conhecida como “polaca”, redigida por Francisco Campos, Ministro da Justiça até 17/07/1942, na qual adotava grande parte as instituições da Constituição da Polônia de 1935. Embora tenha condicionado sua aprovação a um plebiscito (art. 187), assegurou desde logo sua vigência e, para isso, declarou o estado de emergência (art. 186) até que aquele fosse realizado.

O Estado Novo, como ficou conhecido, por influência da lei da ditadura de Salazar, em Portugal, sucedeu à República Nova de 1934, por meio de um golpe, invocando, em resumo, entre outros motivos, sobretudo a situação de desordem, a desnaturação da luta de classes, a infiltração comunista, a necessidade de instituir meios de preservação da paz social e a finalidade de assegurar os direitos e garantias constitucionais. Dissolveu a Câmara dos Deputados, o Senado federal, as assembleias legislativas estaduais e as câmaras municipais, até que fosse realizado o referido plebiscito e eleitos seus integrantes, segundo as novas regras. Também assegurou a Getúlio governar por decretos-leis, até que se reunisse o Parlamento nacional, agora com nova composição, competências e funcionamento. Impôs a nomeação dos prefeitos pelos governadores e assegurou a intervenção da União nos Estados. O Poder Legislativo Federal ficou composto pela Câmara dos Deputados e o Conselho Federal.

Manteve o corporativismo de 1934, ao criar o Conselho da Economia Nacional, composto de representantes das associações e sindicatos indicados pelas confederações patronais e profissionais, paritariamente (arts. 57 e 58), com a competência (art. 61) para promover a organização corporativa da economia nacional, instituir normas relativas à assistência prestada pelas associações, sindicatos e institutos de previdência social, assim como organizar inquéritos sobre as condições de trabalho; e normas sobre contratos coletivos de trabalho e organização e reconhecimento das associações e sindicatos profissionais.

No título Dos Direitos e Garantias Individuais, no que se refere aos direitos civis e políticos, praticamente assegurou ao governo o direito de sua suspensão, sempre que necessário. Nos arts. 122 e 123, sobretudo, ao assegurar a liberdade de manifestação do pensamento, oralmente ou por escrito, instituiu a censura prévia e restrições à liberdade de imprensa, por meio de lei, sempre que necessárias ao interesse público.

Reduziu o título “Da Ordem Econômica e Social”, pioneiramente instituído na Constituição de 1934, apenas para “Da Ordem Econômica”, com a exclusão do termo “Social”, embora não tenha significado alteração de maior profundidade com relação à Carta anterior. Com efeito, nesse título, os seus traços fundamentais permaneceram, como expusemos com relação à Constituição de 1934 (art. 135), em que a intervenção do Estado na economia era, apenas, para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção; instituiu o trabalho como dever social, mas igualmente um direito a ser favorecido ao trabalhador, por medidas estatais. Manteve os direitos trabalhistas, sindicais e previdenciários e a competência privativa da União para legislar sobre o direito operário. Criou o direito à indenização, proporcional aos anos de serviço do trabalhador despedido sem justa causa, na hipótese de inexistir o direito à estabilidade no emprego. Assegurou a sucessão trabalhista, nas ações judiciais, manteve o limite da jornada trabalho de oito horas (com horas extras apenas nas hipóteses legais); o adicional noturno; a proibição do trabalho aos menores de 14 anos de idade, do trabalho noturno aos menores de 16 anos e do trabalho em condições insalubres aos menores de 18 anos e às mulheres; assistência médica e higiênica ao trabalhador, uma previsão que viria a inspirar as normas posteriores da CLT sobre higiene e segurança do trabalho; período de repouso, antes e depois do parto, à trabalhadora gestante; e seguro de velhice, invalidez, vida e contra acidentes do trabalho determinando, às associações de trabalhadores, que assegurassem aos associados o patrocínio administrativo ou judicial de ações para a garantia respectiva.

De acordo com a tendência do corporativismo europeu, na época, manteve o prestigiamento das associações e sindicatos, com funções estatais

delegadas, sempre sob a condição de serem reconhecidos pelo Ministério do Trabalho, com competência para instituírem contratos coletivos de trabalho e a cobrança de contribuição sindical anual (art. 138). Mas instituiu a unicidade sindical e revogou o princípio da pluralidade inscrito na Carta de 1934.

Manteve a Justiça do Trabalho de natureza administrativa, excluída do Poder Judiciário e proibiu a greve e o *lock-out*. (art. 139)

Limitou a 2% o número dos estrangeiros imigrantes, por ano, fixados no Brasil nos últimos cinquenta anos. (art. 151)

Confirmou a tendência já manifestada em 1934, ao instituir preceitos referentes à educação e à saúde como encargos do Estado face às parcelas da população a quem deviam ser assegurados. Nesse sentido, no art. 15, atribuiu à União a competência privativa para fixar as bases e determinar os quadros da educação nacional, assim como as diretrizes, a que deve obedecer para a formação física, intelectual e moral da infância e da juventude (incisos IX e XXIV). Declarou o dever do Estado de lhes assegurar a educação, por meio de instituições públicas de ensino, sobretudo o pré-vocacional, assim como o ensino profissional; e das indústrias e sindicatos o dever de criarem escolas de aprendizagem profissional para os filhos dos operários. Tais direitos, como se vê, permaneciam restritos aos trabalhadores e sob encargo da sociedade civil, sendo exemplo a criação do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial-SENAI (decreto-lei n. 4.048/1942), transferindo à Confederação Nacional da Indústria-CNI o encargo da educação profissional. Também atribuiu à União a competência privativa para instituir as normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da criança. (inciso XXVII)

Ao regular sobre a família, sempre de forma meramente programática, instituiu compensações sociais às famílias de prole numerosa, para lhes suprir as deficiências de educação particular; à infância e à juventude, diretrizes contra o abandono moral, físico e intelectual, prevendo auxílio e proteção de subsistência e educação aos pais miseráveis. (art. 124 a 127)

Mas o governo estado-novista trabalhou afincadamente pela modernização e pela infraestrutura industrial do país. Criou a Companhia Siderúrgica Nacional (1940), a Vale do Rio Doce (1942), a Fábrica Nacional de

Motores (1942) e a Hidroelétrica do Vale do São Francisco (1945). Em 1938, o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) e, em 1944, a Fundação Getúlio Vargas (com a finalidade de preparar pessoal para a administração pública e privada). Modernizou e profissionalizou o serviço público, cujos funcionários, desde 1934, já estavam condicionados para nele ingressar, à aprovação mediante concurso público de títulos e provas, criando o DASP- Departamento Administrativo do Serviço Público.

Em resumo, a Constituição de 1937 manteve, quanto aos direitos sociais clássicos e às instituições sociais, como saúde e educação, as mesmas características básicas da Carta anterior. Suas alterações incidiram mais sobre a organicidade e funcionamento das instituições políticas, no sentido do corporativismo e da restrição dos direitos e garantias individuais. Não foi repudiada pelo viés corporativista e pelos avanços sociais que, aliás, já haviam sido instituídos em 1934; e, sim, pela arbitrariedade do governo de força que tornou irrisórios os direitos civis e políticos que parecia assegurar. Censurou os meios de comunicação por meio do DIP-Departamento de Imprensa e Propaganda; eliminou os tenentes do governo; assim como os integralistas, ao fechar a AIB-Associação Integralista Brasileira, cujos militantes, em protesto, invadiram o Palácio Guanabara em 11/05/1938, tentando depô-lo. Não somente ignorou o plebiscito, como não convocou as eleições para o Legislativo, de modo que, sem câmara de representantes, Getúlio governou por meio de decretos-leis. Os últimos deles datam de 1945, em que procurou ironicamente devolver ao povo alguns de seus direitos, abrandar a censura, conceder anistia aos opositores do regime e autorizar a reorganização dos partidos políticos.

Com o final da Segunda Grande Guerra e a vitória dos aliados contra a orientação política a que Getúlio se aliara, clamava-se pela restauração da democracia. Por um decreto de 28 de fevereiro de 1945, convocou então as eleições para os governos estaduais e para o Congresso, cujos eleitos deveriam elaborar uma nova constituição, para vigor em um segundo período presidencial do Estado Novo.

Segundo a Lei Constitucional n. 13 de 12/11/1945, converteu o Conselho Federal novamente no Senado da República e dispôs sobre os poderes constituintes dos parlamentares, cuja eleição seria em 2 de dezembro. Os eleitos para a Câmara dos Deputados e para o Senado deveriam se reunir sessenta dias após as eleições, em Assembleia Nacional Constituinte “ para votar com poderes ilimitados a Constituição do Brasil” e converter-se em Poder Legislativo ordinário.

Mas antes que esse recuo tivesse êxito para assegurar a política continuísta, um golpe de Estado pôs fim ao Estado Novo, ainda em 1945, com o compromisso de uma nova constituição.

7. O Estado Social Liberal - A Constituição de 1946

Getúlio foi deposto em 29/10/1945 por um movimento de generais que compunham seu próprio Ministério. Foi substituído, no ato, pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal José Linhares, porque a Constituição Federal de 1937, em vigor, não previa a figura do Vice-Presidente, durante três meses e dias, até passar o poder em 31/01/1946, ao general Dutra, presidente eleito.

Em seguida, foi eleita a Assembleia Nacional Constituinte, que promulgou a nova Constituição em 18/09/1946, tendo como enunciado “organizar o regime democrático.”

No clima da derrota do nazismo e do fascismo, a quase totalidade dos deputados constituintes eleitos em 02/12/1945 declarava-se liberal, reiterando, nos debates, sobre a denominada “autópsia da ditadura” de 1937. A Assembleia compunha-se de representantes bastante heterogêneos, como Artur Bernardes, pelo Partido Republicano; Luís Carlos Prestes do Partido Comunista; Otávio Mangabeira e Afonso Arinos, notórios opositores do Estado Novo; mas também Gustavo Capanema e Agamenon Magalhães, importantes ministros de Getúlio Vargas; e o próprio Getúlio. As forças políticas hegemônicas eram o Partido Social Democrático-PSD e a União Democrática Nacional-UDN, cujos deputados ocupavam aproximadamente oitenta por cento

das cadeiras. Os constituintes compunham-se, basicamente, de duas tendências em disputa: a dos nacionalistas e a favor da intervenção na economia e os defensores da internacionalização econômica e das privatizações. O PSD recebeu 54% dos votos, a UDN 28%, o PTB 7,5% e os demais partidos 7,3%. Na disputa para a eleição do Presidente, no entanto, a aliança do PSD com o PTB elegeu Dutra.

Nessas condições de liberalismo dominante e de herança da ditadura, os constituintes concentraram-se na preocupação com a delimitação do raio de ação dos três Poderes, logo no Título I do novo texto constitucional, com ênfase nas normas sobre a orgânica, competências e funcionamento do Estado. Daí resultou uma Constituição de teor tradicional e clássico, em que os direitos individuais e sociais foram alocados para os títulos finais, inclusive sem atribuições institucionais de sua eficácia. Por isso, fortaleceu as atribuições do Congresso Nacional, principalmente quanto à fiscalização e controle dos atos do Executivo. Nesse sentido, todas as medidas administrativas ou de política econômica do governo passaram a depender de prévia autorização congressional. Esse controle, no entanto, não cerceava o governo com relação à criação de órgãos de natureza técnica, como poderiam ter sido os de implementação dos serviços de educação e de saúde, porém sem sucesso. Tal cerceamento também não aconteceu com relação ao desenvolvimento econômico, principalmente durante o segundo governo Vargas (1951-1954) e, sobretudo de Kubitschek (1956-1961); que criaram órgãos de implementação da economia, muitas vezes à margem da própria estrutura partidária, sob o signo do espírito desenvolvimentista predominante. Este também insumiu alterações nos critérios de representação, na Câmara dos Deputados (art. 41), de modo a beneficiar os Estados menos populosos em detrimento dos mais populosos, sob o conceito economicista de que o desenvolvimento econômico asseguraria as melhorias sociais. Mas, ao contrário, esse critério redundou em favorecer os grupos políticos mais conservadores, o que dificultou medidas sociais mais avançadas. Esse foi um dos fatores que caracterizaram o novo Estado como conservador, no plano social. Tanto que, embora a Constituição de 1946 assegurasse o direito de greve, deixou para o Congresso a respectiva

regulamentação, o que nunca aconteceu. Também manteve o então denominado imposto sindical e o direito de intervenção do Ministério do Trabalho nos sindicatos; os quais, além disso, continuaram como órgãos de colaboração com o Estado, em clara contradição com o propalado ideário liberal apregoado pela quase totalidade dos constituintes.

Permitia a interpretação tanto de assegurar os direitos políticos como restringir o pluralismo político, como foi o caso da cassação do Partido Comunista pelo governo Dutra, em maio de 1947. Este combateu os movimentos populares e o movimento sindical, proibiu o Movimento Unificador dos Trabalhadores-MUT, as eleições sindicais e interveio em quase todos os sindicatos. Além disso, com o desenvolvimentismo, nessas condições, sobretudo no governo Kubitschek, a dívida externa cresceu e o processo inflacionário criou dificuldades para os governos que lhe sucederam. É certo que elaborou o Plano SALTE (planejamento da saúde, alimentação, transporte e energia), embora sem sucesso, em decorrência da fragmentação das atividades em cada área (Educação, s/data). É importante observar que a ação estatal era então concebida por meio do “planejamento e metas” e não por “políticas públicas”, próprias do Estado Democrático de Direito, de distinta natureza institucional, como veremos.

No art. 3º do ADCT declarou que a Assembleia, terminada sua missão, elegeria o vice-presidente e, em seguida, dividir-se-ia em Câmara dos Deputados e Senado; manteve o mandato do Presidente da República, então em exercício; marcou eleições para governadores e deputados estaduais às assembleias estaduais, com poder constituinte originário; assim como para os prefeitos e vereadores, condicionados às regras das constituições estaduais. No art. 28, dissipou os conflitos políticos herdados do Estado Novo, concedeu anistia aos insubmissos e desertores e aos trabalhadores que tivessem sofrido penas disciplinares em consequência de greves e dissídios de trabalho. Nessas condições, visou eliminar as dissensões políticas anteriores, preparando o terreno para uma nova ordem republicana. Mas, durante sua vigência, a Constituição de 1946 não assegurou a estabilidade institucional, com crises sucessivas como a deposição de Carlos Luz pelos militares, a

renúncia de Jânio Quadros e o veto dos militares à posse de seu vice, a deposição de João Goulart e a destituição de Ranieri Mazzilli pelos militares, quando assumiu Castelo Branco.

O contexto internacional do pós-guerra era obviamente contrário à concepção corporativista de Estado que combatera. As teorias sobre a política econômica haviam mudado com o pós-guerra, sobretudo com a doutrina de John M. Keynes, incorporadas pelos Estados europeus, sob o ideário da social-democracia. Assim, a Constituição de 1946 posicionou-se contra o intervencionismo estatal e o autoritarismo do Estado Novo e voltou a prestigiar a iniciativa da sociedade civil e os direitos individuais de inspiração liberal da primeira constituição republicana. Manteve e ampliou os direitos civis e políticos e as conquistas sociais instituídas anteriormente. Especialmente, em decorrência dos compromissos, inclusive internacionais, de instituição do Estado do Bem-Estar Social.

Nesse sentido, reduziu as atribuições do Executivo e devolveu a autonomia aos Estados e dos municípios; mas concentrou na União a arrecadação de grandes receitas tributárias em detrimento destes entes federativos. Expressou, assim, a mesma tendência de relativização da autonomia estadual e municipal, que se manifestara desde a Revolução de 30, em detrimento da concepção clássica do federalismo norte-americano e da Constituição de 1891.

Restituiu ao Poder Legislativo sua composição bicameral, dividido entre a Câmara e o Senado, assim como as prerrogativas tradicionais e o direito de controle dos atos do Executivo, facultando-lhe julgar crimes de responsabilidade e criar comissões parlamentares de inquérito, com o poder de requisitar a presença de ministros de Estado em plenário.

No Título IV sobre a Declaração de Direitos, assegurou o direito de voto aos maiores de 18 anos e de elegibilidade aos 21 anos de idade, mas com ressalvas com relação aos cargos públicos de maior responsabilidade; por exemplo, 35 anos para Presidente e vice-presidente da República; 25 anos para os ministros de Estado; e outros, como o procurador-geral, os ministros do STF e os juízes do TFR. Porém, manteve a exclusão do direito de voto aos

analfabetos, praças de pré (salvo alguns casos, em regra militares sem patente) e aos condenados por crime, enquanto perdurassem os efeitos da condenação.

Voltou a assegurar os direitos individuais, aliás, formalmente instituídos na Constituição de 1934 e de 1937, mas agora sem restrições.

No Título V, no entanto, apenas retomou o texto sobre a Ordem Econômica e Social da Carta de 1934, no que se refere à concepção economicista das relações entre o capital e o trabalho, como vimos. É certo que refutou o corporativismo de 1934, mas apenas em parte, ao extinguir os órgãos estatais paritários dessa natureza, criando, apenas, o Conselho Nacional de Economia (art. 87 inciso IV e 205 § 1º), sem função deliberativa, junto ao Presidente da República. Porém, manteve-o na Justiça do Trabalho e na organização sindical.

Expressou a concepção do liberalismo social, mas sem retirar do Estado o poder de intervenção e regulamentação das relações econômicas e do trabalho. Nessa direção, instituiu a ordem econômica subordinada aos princípios da justiça social e da promoção da liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano (art. 145), de modo a assegurar a todos o trabalho que possibilite a existência digna, também considerado uma obrigação social. (§ único). O direito ao trabalho foi assim reafirmado como direito social de natureza universal, uma declaração formal de princípio que, entretanto, não foi acompanhada de qualquer medida que lhe desse efetividade, sequer relativa. Nos moldes da concepção do Estado provedor, que se firmou no pós-guerra, condicionou o uso da propriedade à sua função social. (art. 147)

No art. 157, desse mesmo Título, manteve os direitos trabalhistas já instituídos anteriormente, mas inovou, com a instituição do direito à participação nos lucros da empresa, em decorrência daquela concepção. Esse direito, no entanto, ficou condicionado à edição de lei regulamentadora, o que somente aconteceu com a Lei n. 10.101 de 19/12/2000.

Mas, com relação aos direitos trabalhistas, previdenciários e sindicais manteve incólume a organização instituída por Getúlio Vargas. É sintomático observar que a nova Constituição deu continuidade à organização sindical nos

moldes da Carta de 1934, subordinada à regulamentação estatal quanto à forma de constituição dos sindicatos, representação legal nos contratos e acordos coletivos de trabalho e exercício de funções delegadas pelo Poder Público, caracterizadas pelo controle do Ministério do Trabalho, estatuto-padrão, unicidade e imposto sindical. Significa que a relação entre capital e trabalho permaneceu instituída dentro do mesmo Título sobre a Ordem Econômica e Social e como fundamento dos direitos sociais.

Restituiu o direito de greve aos trabalhadores, uma contrapartida lógica da concepção liberal-social, porém sem regulamentação, como vimos.

De forma inovadora, promoveu a integração da Justiça do Trabalho no Poder Judiciário, assim implementada para maior eficácia dos direitos sociais, com juízes concursados e não submetidos à interferência do Ministério do Trabalho. Mas, manteve o traço corporativista de sua estrutura paritária, com juízes classistas, representantes dos empregados e dos empregadores (art. 122 § 5º) e o caráter normativo de suas decisões (art. 123 § 2º), na mesma linha do getulismo, inspirado na Carta Del Lavoro italiana, que havia conferido à Magistratura Del Lavoro o poder de solucionar os conflitos de trabalho mediante a fixação de condições regulamentares de trabalho. Quanto a estes últimos, atribuiu aos Tribunais do Trabalho o julgamento dos dissídios de greve e dos conflitos nas negociações sindicais, com efeito normativo, isto é, com eficácia para todos os trabalhadores e empresas integrantes da respectiva categoria profissional e econômica, filiados ou não às respectivas entidades sindicais. Apesar disso, a integração da Justiça do Trabalho no Judiciário expressou também a mesma tendência que constatamos desde a Revolução de 30, de instituição dos direitos sociais clássicos simultaneamente com órgãos estatais ou paraestatais, que lhes assegurassem eficácia, por meio de funcionamento especializado (Ministério do Trabalho, sindicatos, Institutos de Aposentadorias e Pensões-IAPs e Justiça de Trabalho). Como órgão judiciário, passou não somente a dispor das garantias próprias da magistratura (imparcialidade, vitaliciedade e inamovibilidade), como maior independência das pressões de interesses privados ou dos demais Poderes; e também de maior profissionalização dos magistrados e dos serviços auxiliares.

Algumas instituições de natureza social e universal, inauguradas já em 1934, permaneceram com natureza apenas programática, como meras diretrizes sem eficácia. Nesse sentido, no Título VI, a Constituição manteve o conceito restrito de família, gerada unicamente pelo vínculo do casamento, mas agora genericamente sob a proteção social do Estado (art. 163) e tornando obrigatória a assistência à maternidade, à infância e à adolescência e o amparo às famílias de prole numerosa (art. 164); serviços que continuaram relegados à filantropia de instituições civis e aos Juizados de Menores, de caráter fortemente repressivo. Com relação à educação (arts. 166 a 173), declarou-a um direito de todos, portanto de natureza universal. O ensino público como obrigação estatal e a iniciativa particular nesse campo, desde que submetida à sua regulamentação. Tornou obrigatório o ensino primário, oficial e gratuito e o ulterior condicionado à prova de falta ou insuficiência de recursos. Obrigou as empresas, com mais de cem empregados, a lhes assegurarem o ensino primário ou a seus filhos. O governo, em continuação da política do Estado Novo de transferir para a sociedade civil os encargos da educação profissional, como foi o caso do SENAI (1942), instituiu, a cargo das empresas, a obrigação de promover também o aprendizado comercial dos trabalhadores menores, em cooperação, com a criação do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial-SENAC, a cargo da Confederação Nacional do Comércio. (decreto-lei n. 8.621/1946)

Com o avanço da industrialização, aumentava o processo migratório em direção dos grandes centros urbanos. Diante da falta de infraestrutura de assistência social, também esse direito foi transferido para a sociedade civil, cujos empresários tomaram a iniciativa, na I Conferência Nacional das Classes Produtoras (Teresópolis, 1945), da criação do Serviço Social da Indústria-SESI (decreto-lei n. 9.403/1946), assim como do Serviço Social do Comércio-SESC. (decreto-lei n. 9.853/1946)

Mas avançou com relação à universalidade da educação, embora sem a instituir como direito subjetivo público, por meio de um percentual das receitas orçamentárias para o ensino, ao encargo direto dos governos estaduais e, supletivamente, da União, para um Fundo Nacional respectivo.

Quanto à cultura, declarou apenas, abstratamente, que o seu amparo é dever do Estado. (art. 174)

Finalmente, com relação à assistência da saúde da população, uma instituição já enunciada na Constituição de 1934, como vimos, literalmente a Constituição de 1946 silenciou, sem instituí-la como política de Estado, de modo que sua organicidade e funcionamento ficaram relegadas à provisoriedade das políticas governamentais. Assegurou a assistência à saúde dos trabalhadores, mas, com relação à população em geral, consignou, apenas, a competência da União para legislar sobre normas de defesa e proteção à saúde (art. 5º inciso XV alínea *b*) e aos Estados a competência supletiva ou complementar (art. 6º). sequer reservou a obrigatoriedade de um percentual mínimo orçamentário. Com relação aos trabalhadores, essa referência apenas manteve a assistência médica previdenciária que o getulismo já havia assegurado.

Em 2 de setembro de 1961, após a crise constitucional provocada pela renúncia de Jânio Quadros e o veto militar à posse do vice-presidente João Goulart, por influência de Tancredo Neves, foi instituído o regime parlamentarista, por meio da Emenda Constitucional n. 4, segundo a qual o poder Executivo continuava a ser exercido pelo Presidente da República, mas juntamente com um Conselho de Ministros, ao qual cabia a direção e a responsabilidade da política de governo, assim como da administração federal. Com isso, o Conselho passou a indicar os ministros de Estado com a faculdade de exigir do Presidente sua exoneração, quando a Câmara dos Deputados lhes retirasse a confiança. Todos os atos presidenciais deveriam agora ser referendados pelo Presidente do Conselho e pelo Ministro competente, como condição de sua validade. O poder presidencial ficou assim consideravelmente diminuído. Isso num contexto em que o Presidente da República havia sido eleito anteriormente pelo voto direto. Mas a autenticidade da representação popular, responsável pela eleição de Goulart, de alguma forma se manteve incólume, porque este veio a derrubar a Emenda n. 4 e o parlamentarismo, por meio de um plebiscito, um ano e quatro meses após, quando conseguiu a

aprovação da Emenda n. 6 de 23/01/1963, que devolveu ao país a vigência do regime presidencialista.

Em seguida, amparado por grande mobilização popular, com apoio dos sindicatos, Goulart apresentou à votação do Congresso um conjunto de propostas para amplas reformas de base, que incluíam medidas como a reforma agrária e o controle das remessas de lucros das grandes empresas transnacionais às suas matrizes no exterior, assim como propostas de ampliação da cidadania, como o direito de voto aos analfabetos e aos militares sem patente.

8. O Regime Militar

Porém, um novo golpe de estado das Forças Armadas, em 01/04/1964, com um Congresso majoritariamente conservador, depôs Goulart e rompeu, mais uma vez, a ordem constitucional em vigor. Alegou, para isso, a inconstitucionalidade da ação do Presidente da República e a ameaça de subversão e de corrupção, sob a forma de uma República sindicalista, que estaria para ser implantada no país.

O Congresso Nacional declarou a vacância do cargo e convocou o Presidente da Câmara dos Deputados Ranieri Mazzilli para assumi-lo (02/04/1964 a 15/04/1964), sendo em seguida empossado o Marechal Castello Branco (15/04/1964 a 15/03/1967), que instaurou o regime militar.

Os militares das três Armas (Comando Supremo da Revolução, que viria a ser institucionalizado no art. 173 da Constituição de 1967) invocaram, como fundamento político, a vitória da revolução que se legitima a si mesma para se arrogaram no direito de autodelegação do exercício do poder constituinte. Em afronta à Constituição em vigor, baixaram um Ato Institucional, por meio do qual atribuíram a si mesmos o poder de suspender os direitos políticos pelo prazo de dez anos, cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais e suspender por seis meses as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade dos magistrados e de estabilidade dos funcionários públicos,

no exercício de seus cargos. Em consequência, no Congresso, os parlamentares que se manifestaram contrários a essas medidas tiveram seus mandatos sumariamente cassados.

A Constituição de 1946 passou a sofrer sucessivas emendas constitucionais e atos institucionais, que alteraram drasticamente as instituições políticas, o sistema representativo e a própria prática governamental, como a de outorgar ao Executivo a faculdade de governar por meio de decretos-leis. Por força do Ato Institucional n. 2, os partidos políticos tradicionais foram dissolvidos, sendo então instituído o sistema bipartidário (Aliança Renovadora Nacional e Movimento Democrático Brasileiro, criado em 27/10/1965), representativo da situação e oposição. Posteriormente, o regime militar estabeleceu a eleição indireta do Presidente da República, por um Colégio Eleitoral, tal como viria a declarar na Constituição de 1967.

O Executivo federal, com poderes excepcionais, teve facilitado o poder de intervenção nos Estados e a decretação do estado de sítio. O Supremo Tribunal Federal foi reformado e aos tribunais militares atribuída a competência para o julgamento de crimes contra o Estado e a segurança nacional.

Finalmente, invocando a necessidade de uma nova Constituição, o Ato Institucional n. 4 de 12/12/1966, do Presidente Castelo Branco, convocou o Congresso Nacional para discuti-la e votá-la, sem convocar uma Assembleia Nacional Constituinte. O texto apresentado buscava consolidar as alterações até então implementadas pelos atos institucionais.

Porém, o regime militar implementou profundas alterações nos direitos sindicais, trabalhistas e previdenciários e criou novos direitos, ao mesmo tempo em que marginalizou os sindicatos de trabalhadores; inviabilizou, na prática, o direito de greve; implantou a política do arrocho salarial, por meio da fixação prévia das margens de reajuste e aumento dos salários, assim como o arrocho previdenciário; estatizou o seguro dos acidentes de trabalho, unificou a Previdência Social e incorporou-a à tecnocracia estatal; revogou o direito de estabilidade, que substituiu pelo FGTS; e reformulou a CLT. A Justiça do Trabalho ficou sob pesado controle, com restrições de seu poder normativo

tradicional, ao mesmo tempo em que o Ministério do Trabalho sub-rogou-se nas funções dos sindicatos, centralizando-as e substituindo-as.

As empresas transnacionais foram incentivadas a se implantar no país, por meio da associação, incorporação e fusão com as empresas nacionais, especialmente nos setores estratégicos. O regime implantou uma política de subsídios e incentivos fiscais e creditícios, que viabilizaram sua internacionalização. Os empréstimos no exterior se propiciaram somente para as empresas nacionais associadas ao capital internacional. As tentativas dos governos pré-64 de proibir práticas monopólicas foram abandonadas. O regime, juntamente com a monopolização da economia, passou a fundamentar medidas de combate à inflação na racionalidade da política salarial e na modernização administrativa, sob um discurso desenvolvimentista e empresarial estatal. Em consequência, passou a exigir, desde logo, estreita colaboração dos empresários e dos trabalhadores. A natureza dessas alterações são assim resumidas (CHAIA,1992, p.97):

“Nesse momento, novos padrões de racionalidade foram utilizados, tendo em vista reorganizar a sociedade, em todos os seus níveis, de forma a estabelecer uma nova etapa do desenvolvimento capitalista no Brasil, associado ao capital internacional. Para tanto, a relação capital-trabalho passava a se dar mediante práticas que visavam acelerar a transferência de ganho para o capital nacional e internacional. Dessa forma, o golpe militar, por meio dos governos que o sucedem, pôde impor novas regras para regular a exploração da força de trabalho, reduzir drasticamente o espaço da classe trabalhadora, estabelecer o controle exacerbado das organizações sindicais e burocratizar as decisões e canais de intermediação entre o Estado e os trabalhadores.”

Configurou-se, desde o início, do ponto de vista econômico, uma ordenação legal típica dos oligopólios, por meio do controle de preços vinculados ao aumento dos custos, mas com exceção dos salários (Singer, 1968). Nessa fase, instituiu as bases para a hegemonia da grande empresa estatal, viabilizada pela famosa reforma administrativa de 1967.

Desde logo, interveio em sindicatos combativos, perseguiu lideranças sindicais e fechou organizações que, antes do golpe, haviam promovido grandes lutas sociais. O Ministro do Trabalho Arnaldo Sussekind promoveu a

cassação de sindicatos (Portaria n. 648 de 30/07/1964) em grande número (FIGUEIREDO, 1978).

Vejamos, resumidamente, em que consistiram as alterações dos direitos sindicais, trabalhistas e previdenciários durante o regime militar.

Ainda sob a vigência da Constituição de 1946, após revogar algumas conquistas trabalhistas importantes dos ferroviários, portuários, marítimos e bancários, a primeira medida mais ampla do governo Castelo Branco (1964/1967) foi a famosa lei de greve (Lei n. 4.330 01/01/1964), proibindo-a expressamente aos servidores públicos em geral (com exceções) e impondo entraves burocráticos ao setor privado, com exigências exageradas de *quorum* para a assembleia geral de sua decretação.

Um mês depois, baseado na Circular n. 10 de 19/06/1964 do Ministério da Fazenda, por meio dos decretos n. 54.018 de 14/07/1964 e n. 54.228 de 01/09/1964 e da Lei n. 4.589 de 11/12/1964, impôs a política de reajustes anuais de salários no âmbito da administração pública federal e descentralizada (com evidentes reflexos nos Estados e municípios). Para isso extinguiu a Comissão do Salário-Mínimo (que tinha representação paritária dos empresários e trabalhadores) e substituiu-a por uma nova composição no Departamento Nacional de Emprego e Salário-DNES, de natureza tecnocrática (NASCIMENTO, 1968). Reorganizou, no mesmo sentido, o Conselho Nacional de Política Salarial. A motivação era de que a estratégia do Programa de Ação Econômica do Governo-1964/1966 contra a inflação exigia não somente a redução do déficit governamental e o controle dos créditos às empresas privadas, como também uma nova política salarial, para impedir aumentos reais; sob a alegação de que a elevação exagerada dos salários nominais repercutia sobre os custos de produção de bens e serviços, acarretava inflação, baixava o nível dos investimentos e retardava o processo desenvolvimentista. Em consequência, entre 1964 e 1970, não só não houve aumentos salariais como os simples reajustes foram inferiores à inflação (Ferrante, 1978), a tal ponto que o arrocho salarial foi considerado o cerne do modelo (Soares, 1980). No ano seguinte, com a Lei n. 4.725 de 13/07/1965 e o Decreto-lei. 57.627 de 13/01/1966, o arrocho foi estendido aos trabalhadores

do setor privado. A Justiça do Trabalho, que tinha autonomia para fixar esses reajustes e aumentos, nos processos de dissídios sindicais, ficou restrita a adotar o índice fixado pelo Executivo federal, denominado de fator de reajustamento salarial; e os aumentos salariais, fixados pela produtividade, segundo um índice baixado pelo Conselho Nacional de Economia, ficaram suspensos por um ano.

Os sindicatos foram praticamente destituídos do poder de fiscalização das condições de trabalho nas empresas, por meio do Regulamento da Inspeção do Trabalho (Portaria n. 40 de 20/01/1965) e a criação da Comissão Sindical de Colaboração junto ao Departamento Nacional de Trabalho.

O fim do antigo direito de estabilidade no emprego, instituído desde a Lei Elói Chaves de 1923, mantido pelo trabalhismo getulista e os governos posteriores, após dez anos na mesma empresa, foi praticamente revogado, com a criação do FGTS para incentivo ao financiamento do direito à habitação popular. O governo havia criado o Banco Nacional de Habitação-BNH (Lei n. 4.380 de 21/08/1964), com a finalidade de orientar e controlar o Sistema Financeiro da Habitação, do Saneamento e do Programa de Financiamento de Materiais de Construção, incentivar a construção de habitações e executar programas de saneamento e similares. Devia suprir a falta de habitações causada pela inflação, pela migração de trabalhadores para as cidades e aumentada pela modernização de certas áreas agrícolas. Os recursos do BNH provinham de uma contribuição que, depois de alterada em 1965, foi extinta em 1966 e substituída pelo FGTS (Lei n. 5.107/1966). Este instituiu uma contribuição das empresas de 8% sobre a remuneração dos respectivos empregados, em uma conta bancária vinculada. Segundo a lei, os trabalhadores, ao renunciarem à estabilidade, podiam livremente optar pelos depósitos mensais dessa contribuição na referida conta e sacá-los, quando despedidos sem justa causa ou se aposentassem; ou permanecerem com o direito de aquisição da estabilidade. Esses depósitos mensais iam para um Fundo comum do BNH, para financiamento de habitações populares. Na prática, segundo o praxismo sindical, dizia-se que os trabalhadores passaram a optar pelo Fundo por livre determinação dos empregadores, sem o que não

seriam admitidos no emprego (FERRANTE, 1978 e CESARINO JÚNIOR, 1968). Com a Constituição de 1988, o direito à estabilidade foi definitivamente revogado e consagrado o FGTS. (art. 7º inciso III)

A extinção do direito de estabilidade no emprego era uma velha exigência dos investidores internacionais. À medida que aumentavam os anos de trabalho no mesmo emprego, crescia o passivo trabalhista das empresas no valor equivalente à média das indenizações a pagar. Isso dificultava a venda, fusão ou associação das empresas nacionais. Dificultava o consumo intensivo da força de trabalho, criava encargos sociais fixos e permanentes e a consequente imobilização de capitais. Além disso, dificultava a troca de empregados antigos e com salários mais elevados, por outros com salários menores. (FERRANTE, 1978)

Sobretudo, a instituição do FGTS e a revogação da estabilidade expressaram, com clareza, a natureza das alterações promovidas pelo regime militar, para adequar o capitalismo brasileiro aos moldes internacionais, segundo as regras da liberdade do mercado de trabalho. As empresas ficaram livres para admitir e dispensar os empregados. A força de trabalho foi assim definitivamente integrada ao mercado de trabalho readquirindo, com clareza, sua condição de mercadoria e passar a circular sem o protecionismo varguista (VIANA, 1976). Essa medida, ao mesmo tempo que atendia aos interesses do capitalismo associado, promoveu definitivamente a superação do corporativismo sindical populista, a qual viria a se manifestar, de forma inovadora, nas greves do ABC e nas reivindicações do denominado “novo sindicalismo.” A partir dela, criaram-se as bases para desvincular os sindicatos do Ministério do Trabalho, sob a égide da liberdade e da autonomia sindical, que a Constituição de 1988, aliás, elevaria a *status* constitucional.

Mas, esse avanço não decorreu de uma política progressista do regime e sim de uma contradição do processo de reformas que então implementava. Isto porque a liberalização da circulação da força de trabalho, cujo valor deveria ser fixado, portanto, pelas determinações da sua demanda e oferta, deveria vir acompanhada como corolário, no mesmo plano institucional, pela liberdade e a autonomia sindical, um pressuposto clássico da liberdade das partes em

negociação no mercado de trabalho, que a Constituição de 1988 asseguraria. Porém, sob a pressão da vasta oferta de mão de obra, com os sindicatos e as greves sob intensa repressão, a liberalização do mercado da força de trabalho somente beneficiou as empresas. Não passou de uma falácia institucional, em constrangimento e superexploração dos trabalhadores, impedidos, por meio de seus sindicatos, de negociar livremente as condições de trabalho, recorrer ao direito de greve ou obter da Justiça do Trabalho, que havia perdido o poder normativo, uma decisão arbitral. Foi uma medida ambígua, incoerente com as condições institucionais da mercantilização da força de trabalho. Os trabalhadores começaram a “rodar”, o índice de desemprego aumentou e os salários foram rebaixados.

Foi em decorrência desses efeitos que o governo instituiu, em seguida, o direito ao auxílio-desemprego; um direito, aliás, de coerência com as determinações da liberalização do mercado de trabalho e a regulação de suas naturais distorções pelo Estado. Tanto que já havia criado, preventivamente, em 1965, um Plano de Assistência ao Trabalhador Desempregado-PATD, administrado originariamente pela Previdência Social, que instituiu o auxílio-desemprego, mas em condições fictícias, que o inviabilizaram (Lei n. 4.923 de 29/12/1965). No entanto, tal auxílio viria a originar definitivamente o atual seguro-desemprego, em condições mais eficazes, administrado pela CEF.

Sob tais determinações, os limites da jornada de oito horas de trabalho, na fase do milagre, especialmente nas atividades industriais, foram prorrogados de forma generalizada, sob vistas grossas da fiscalização do Ministério do Trabalho e sem, ao menos, a implementação de condições de higiene e segurança do trabalho, que prevenissem o conseqüente recorde de acidentes e doenças laborais, que o país atingiu nessa fase e que oneravam os custos da Previdência Social. Por isso, tais medidas foram acompanhadas da reforma previdenciária e de normas de prevenção de doenças (insalubridade) e acidentes (periculosidade) do trabalho que, na verdade, suplantaram em muito o nível das condições de trabalho herdadas do populismo e as exigências técnicas e de novos padrões de relações de trabalho e de acumulação de capital, que o milagre passou a exigir. Essa contradição, que o governo no

âmbito dos salários resolveu pelo arrocho salarial, no âmbito da Previdência promoveu um inegável avanço social, no que se refere à sua organização e funcionamento; embora, quanto aos direitos previdenciários e ao valor dos benefícios, também os tenha arrochado em seguida. Mas as exigências que passou a formular às empresas, com normas de higiene e segurança do trabalho, de elevado nível técnico, foram e vieram a se aprofundar na Constituição de 1988.

Ainda em 1966, o regime unificou os antigos Institutos de Aposentadoria e Pensões – IAPs, vinculados às respectivas categorias profissionais, em um único instituto, o Instituto Nacional de Previdência Social-INPS, uma autarquia federal, após medidas anteriores preparatórias. A Previdência passou, assim, a integrar a administração pública federal direta. Em seguida, uniformizou os serviços e benefícios (Decreto-Lei n. 72 de 21/11/1966), assim generalizados para todos os trabalhadores (FERNANDES, 1983), mas sem a participação dos sindicatos na administração, como era até então, passando o INPS a ser dirigido por tecnocratas nomeados pelo governo.

Também alterou a legislação sobre o trabalho nos setores estratégicos de incentivo às exportações (sob o lema “exportar é que importa”), como no setor portuário. (Lei n. 4.860 de 26/11/1965 e vários decretos regulamentadores)

Essas medidas, apesar de expressarem um nível técnico superior das condições de trabalho, adequado às exigências da internacionalização da economia, entretanto, politicamente, deixavam o sindicatos de joelhos, premidos pelo arrocho sindical e previdenciário, a lei de greve e a falta de autonomia e liberdade sindical. O regime envolvia-se, assim, em uma contradição insuperável: porque, ao mesmo que restituía à força de trabalho sua condição de mercadoria, reinserida no mercado, impedia-a de se utilizar dos mecanismos de livre negociação e contratação a ele inerentes, por meio de leis salariais e previdenciárias e do rígido controle sindical.

A manutenção da contribuição sindical, a superação dos contratos coletivos de trabalho pelas convenções e a obrigatoriedade de prévia negociação sindical, porém submetida à indexação dos reajustes e aumentos

salariais, nessas condições, reforçaram também o assistencialismo e o agenciamento do Ministério do Trabalho. A unificação da Previdência Social e a estatização do seguro contra acidentes do trabalho, ao mesmo tempo em que criaram as condições básicas para a superação do clientelismo e a partidização política dos antigos IAPs, também viabilizaram a garantia de um mercado dos grandes hospitais, dos convênios de planos médicos e das chamadas multinacionais da saúde (serviços, remédios e equipamentos).

Essas alterações institucionais promovidas pelo regime foram de tal intensidade que passaram a exigir uma nova ordem constitucional, que as sistematizasse e, ao mesmo tempo, as legitimasse por meio de uma nova Constituição.

9. O Estado Social Ditatorial - A Constituição de 1967

A nova Constituição aprovada em 24/01/1967 entrou em vigor em 15/03/1967, na mesma data da posse do general Costa e Silva, escolhido pelo Comando Supremo da Revolução e referendado pelo Congresso (art. 189), com as modificações introduzidas na Constituição de 1946 pelos atos institucionais, atos complementares e emendas constitucionais. Foi redigida por Francisco Campos, o mesmo autor da Carta do Estado Novo de 1937. A instabilidade política, no seu período de vigência, é assim resumida (BONAVIDES, 2009, p.167):

“Foi a mais efêmera de nossas Constituições. Teve seu desfecho com o AI-5, de 13 de dezembro de 1968, o segundo golpe de Estado arremessado contra as instituições no decurso do mesmo período de exceção. A exemplo dos dois primeiros Atos, também se propôs ele a manter a Constituição vigente, no caso a de 24 de janeiro de 1967. Mas não terminou aí a tragédia institucional do País: prosseguiria com a edição de mais 12 Atos Institucionais, em 1969, até culminar com o terceiro golpe de Estado, desferido a 31 de agosto de 1969, quando um triunvirato militar tomou o poder, negando a posse legítima e constitucional do Vice-Presidente da República.

Ao golpe de Estado sucedeu, menos de dois meses depois, com o Congresso posto em recesso e a Carta de 1967 violada já no artigo fundamental da sucessão, bem como desautorada desde muito por uma sequência sombria de Atos Institucionais, a outorga da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969. A terceira parte da

obra constitucional de 1964 se insere afinal nas reformas de abril de 1978, feitas, tanto quanto a Emenda n. 1, à sombra de um recesso parlamentar.”

No art. 1º erradicou a denominação tradicional de “República dos Estados Unidos do Brasil,” instituída pela Constituição de 1891 e posteriores e substituiu-a por “República Federativa,” uma expressão do sentimento nacional, mas também uma alteração na concepção do princípio da descentralização e da hierarquização do regime federativo.

Alterou a forma de escolha do Presidente da República, que passou a ser eleito por um Colégio Eleitoral, em sessão pública e mediante voto nominal, formado pelos membros do Congresso Nacional, já então expurgado dos opositores mais radicais, por meio de cassações de mandatos, três delegados das Assembleias Legislativas e mais um por 500 mil eleitores. (art. 76)

Na Declaração de Direitos (art. 140), repetiu basicamente os direitos constitucionais anteriores sobre a nacionalidade e os direitos políticos (art. 142), inclusive o sufrágio universal, porém restringiu as hipóteses de elegibilidade para governador e vice-governador, prefeito e vice-prefeito, deputados e senadores, com o conceito de domicílio eleitoral. Assegurou o pluralismo partidário (art. 149), mas proibiu as coligações partidárias.

No Capítulo IV do Título II dos Direitos e Garantias Individuais (art. 150), manteve os direitos individuais civis anteriores, mas determinou a suspensão dos direitos políticos, por dois a dez anos, da pessoa que abusasse do exercício dos direitos civis e políticos, por atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção, mediante declaração do Supremo Tribunal Federal. (art. 151)

Repetiu, no Título III, os princípios tradicionais sobre a Ordem Econômica e Social, com as mesmas características das constituições anteriores, sem alterar substantivamente a concepção dos direitos sociais clássicos e das relações básicas entre o capital e o trabalho, - com realce no princípio da harmonia e solidariedade entre os fatores da produção (inciso IV do art. 157). Proibiu a greve nos serviços públicos e nas atividades essenciais

(§7º), mas assegurou-a nas atividades privadas, quando não consideradas essenciais.

No entanto, manteve a estrutura paritária da Justiça do Trabalho (art. 133) e a natureza normativa de suas decisões nos dissídios coletivos. (art. 134)

Assegurou, no geral, os direitos trabalhistas, previdenciários e sindicais anteriores, (art.158). Porém, reduziu a idade mínima de proibição do trabalho dos menores, que era de 14 anos de idade desde a Constituição de 1934, como vimos, para 12 anos (inciso X), integrando-os à força de trabalho

Manteve o direito ao salário-mínimo e ao salário-família e proibiu a diferenciação dos salários e critérios de admissão por motivo de sexo, cor e estado civil. Assegurou o salário-noturno superior ao diurno. Instituiu o princípio da integração do trabalhador na empresa com a participação nos lucros (PIS/PASEP) e, excepcionalmente, na gestão empresarial. Manteve o limite da jornada máxima de oito horas, com intervalo para descanso, salvo nos casos expressamente previstos em lei (turnos ininterruptos de revezamento); repouso semanal remunerado; descanso remunerado da trabalhadora gestante, antes e depois do parto; fixação de percentagem de empregados brasileiros nos serviços públicos sob regime de concessão e em certos ramos comerciais e industriais; reconhecimento das convenções coletivas de trabalho; assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva; previdência social para seguro-desemprego; proteção à maternidade e nos casos de doença, velhice, invalidez e morte; seguro contra acidentes do trabalho; proibição de distinção entre trabalho manual, técnico ou intelectual ou entre os profissionais respectivos; colônias de férias e clínicas de repouso, recuperação e convalescença, mantidas pela União; e aposentadoria para a mulher aos 30 anos de serviço.

Manteve o antigo direito de estabilidade com indenização ao trabalhador despedido arbitrariamente; mas, como alternativa, deu nível constitucional ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (que instituíra pela Lei n. 5.107/1966), em valor equivalente, a ser regulado por lei ordinária, um instituto que viria a assegurar às empresas o direito de despedida arbitrária. A lei respectiva sofreu

forte oposição dos sindicatos e sua negociação no Congresso acabou por instituir o FGTS como uma opção do empregado.

É significativo notar que também quanto à organização e ao funcionamento da estrutura sindical, não somente reafirmou o getulismo, como o aperfeiçoou. De fato, incluiu expressamente, entre a delegação do Poder Público aos sindicatos e às corporações profissionais, o direito de cobrarem contribuições, entre elas o então denominado imposto sindical (art. 159); e ainda tornou obrigatório o voto nas eleições sindicais.

A par disso, assegurou à iniciativa privada a exploração das atividades econômicas e restringiu o Estado às atividades suplementares (art. 163). Reafirmou o princípio da função social da propriedade e extinguiu o Conselho Nacional de Economia. (art. 181)

No Título IV sobre a família manteve o conteúdo dos dispositivos constitucionais anteriores (art. 167), assim como com relação à educação, mas acrescentou a instituição de bolsas de estudo condicionadas a reembolso posterior e o ensino religioso obrigatório no ensino oficial, embora de matrícula facultativa. (art. 168) Manteve o mesmo dispositivo constitucional anterior com relação ao dever do Estado de promoção da cultura.

Da mesma forma que a Constituição de 1946 também silenciou com relação à promoção da saúde.

Finalmente, nas Disposições Gerais e Transitórias, entre outros dispositivos, excluiu da apreciação judicial todos os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução; os atos institucionais e suas normas complementares do governo federal; as resoluções das assembleias legislativas e câmaras de vereadores, que cassaram mandatos ou declararam o impedimento de governadores, deputados, prefeitos e vereadores; e os atos de natureza legislativa, expedidos com base nesses atos. Determinou a posse do presidente e vice-presidente da República, eleitos em 03/10/1966 para 15/03/1967 e marcou a eleição geral dos deputados federais e parcial dos senadores, assim como dos governadores e respectivos vices, para 15/11/1970. (art. 174)

Como vemos, as alterações implementadas pela Constituição de 1967 incidiram mais sobre os direitos civis e políticos. Porém, foi por meio da legislação infraconstitucional que os direitos sociais clássicos foram expressivamente alterados e configuraram, com mais clareza, a natureza institucional dessas transformações. Entre inúmeras outras medidas, destaca-se a da regulamentação do trabalho dos menores em aprendizado industrial, agora a partir dos 12 anos de idade, como vimos. No início de 1967, o regime implementou a reforma da velha CLT (Decreto-Lei n. 229 de 28/02/1967 e outros seguintes), instituindo novos mecanismos de fortalecimento dos sindicatos sobre controle estatal ao restringir os direitos sindicais dos trabalhadores nas eleições sindicais como, por exemplo, dos que professassem ideologias contrárias ao interesse nacional, ao mesmo tempo ampliando os direitos dos sindicalizados.

Com o famoso Decreto n. 200 de 1967, que reformou a administração federal em geral (depois estendida aos Estados e municípios pelo AI-8 de 1969), a reforma previdenciária se completou. Atendeu, assim, às exigências preparatórias da fase do milagre para, em seguida, criar um mercado próprio de medicina dos grandes grupos, por meio de planos médicos de atendimento aos trabalhadores. Esse mercado ficou assim diretamente sob controle da tecnocracia estatal. Instituiu o estágio profissional de estudantes, (Portaria n. 1.002 de 29/09/1967) incorporou os princípios do controle absoluto dos reajustes e aumentos salariais, em nome do combate à inflação. Os motivos de idade e nacionalidade (que na Constituição de 1946 não podiam servir de óbice à equiparação salarial) desapareceram do texto de 1967. E os sindicatos tiveram sua ação adstrita à doutrina da Segurança Nacional. (Decreto-Lei n. 314 de 13/03/1967)

Em seguida, baixou o Regulamento Geral da Previdência Social-RGPS, (Decreto-Lei n. 60.501 de 14/03/1967) porém, promoveu uma medida de grande avanço, que foi a integração do seguro de acidentes do trabalho, (até então relegado às seguradoras privadas, sob regime contratual) no sistema previdenciário estatal (Lei n. 5.316 de 14/07/1967 e Decreto n. 61.784 de

28/11.1967); o que viabilizou, desde logo, a implantação da estatística de acidentes e doenças do trabalho no país.

A partir de 1968, o regime endureceu. A política de arrocho salarial tornou-se permanente, com pequenas alterações (Lei n. 5.451 de 12/06/1968), mas refluíu com a Lei n. 6.147 de 29/11/1974, pelo menos até 1982. Em seguida, instituiu o arrocho previdenciário, em nome do equilíbrio financeiro do sistema, apregoado pelo regime como exemplo de moralidade e competência administrativa, por meio da mudança radical na sistemática de cálculos do valor dos benefícios previdenciários, em prejuízo dos trabalhadores, aposentados e pensionistas e numa nova regulamentação dos atendimentos médicos, com favorecimento do setor privado (LEITE, 1983). Nesse sentido foi a regulamentação sobre o pagamento dos adicionais de insalubridade e periculosidade (Decreto-Lei n. 389 de 26/12/1968) a par das normas sobre higiene e segurança do trabalho, para, assim, prevenir os ônus previdenciários com a assistência médica e a concessão dos benefícios por acidentes e doenças profissionais.

Por meio de portarias do Ministério do Trabalho e leis dos anos seguintes, modernizou a CTPS, regulou sobre o salário-mínimo, higiene e segurança do trabalho, trabalho de mulheres e menores, salários, contrato de trabalho, (inovando com a instituição do contrato de experiência pelo período de 90 dias) contratação de técnicos estrangeiros, (Decreto-Lei n. 691 de 18/07/1969) convenções coletivas de trabalho e organização da Justiça do Trabalho.

O governo avançou com a promulgação da Convenção n. 120 da OIT acerca das obrigações de higiene e segurança do trabalho também no comércio, serviços e outros. (Decreto n. 66.498 de 27/04/1970)

Com a estatização do seguro de acidentes do trabalho, conjugada com o FGTS e a Constituição de 1967, (que deu os fundamentos a Previdência Social) a legislação do arrocho, a reforma administrativa no setor estatal, a reforma parcial da CLT e a reforma na composição dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (aumentando seu número de onze para dezesseis, criando uma nova Turma afinada com os objetivos do regime, com as competências

reduzidas com a aposentadoria punitiva de três dos Ministros por meio dos Atos Institucionais n. 5 e 6 de 1968) (NUNES, 1982), o regime obteve, por volta de 1968, as bases institucionais imprescindíveis para a instalação do ciclo de acumulação do grande capital nacional associado ao transnacional. Entretanto, a estatização do seguro de acidentes do trabalho expressou, nesse aspecto, a condição necessária para o milagre, face ao intenso consumo da força de trabalho, agora em alta rotatividade (FGTS), para garantir um patamar mínimo previdenciário de atendimento aos trabalhadores e de racionalidade administrativa, que o antigo sistema dos IAPs não assegurava.

Mas a Constituição de 1967 durou pouco. Em 13/03/1968, sob o governo de Costa e Silva, o Ato Institucional n. 5 reinvestiu o Presidente da República nos poderes institucionais anteriores, autorizando-o a suspender as garantias institucionais da magistratura, as imunidades parlamentares e o recurso do *habeas corpus*; a intervir nos Estados e municípios; cassar mandatos e suspender direitos políticos por dez anos; confiscar bens ilicitamente adquiridos no exercício de função pública; decretar estado de sítio sem audiência do Congresso; demitir ou reformar oficiais das Forças Armadas e das polícias militares; além de promulgar decretos-leis e atos complementares, na ausência de atividade do poder legislativo, (visto que o recesso do Congresso Nacional poderia ser decretado por tempo indeterminado, como ocorreu na promulgação do próprio Ato Institucional n. 5.). (QUIRINO e MONTES, 1987, p.66-67)

Novos atos institucionais foram baixados, ao mesmo tempo em que o Presidente da República já havia encomendado ao vice-presidente Pedro Aleixo o texto de reforma da Constituição. Em 31/08/1969, o Ato Institucional n. 12 declarou a vacância do cargo do Presidente da República, por motivo de doença e nomeou uma Junta Governativa das três Armas, em seu lugar, composta por Aurélio Lyra, Augusto Rademaker e Márcio Mello, que governaram até 30/10/69, quando assumiu Emílio G. Medici. (30/10/69 a 15/03/74)

Outros atos se seguiram, ampliando o poder arbitrário (banimento dos cidadãos brasileiros, pena de morte e prisão perpétua). Finalmente, o Ato Institucional n.16 de 14/10/1969 convocou o Congresso Nacional para a eleição

do novo Presidente da República, no dia 25 e posse no dia 30, data em que promulgou o texto da reforma constitucional, que passou a vigorar.

10. A Reforma de 1969

A reforma foi implementada pela Emenda Constitucional n. 1, à revelia do Congresso, por meio de um decreto-lei, que consolidou os atos institucionais baixados desde a Constituição de 1967. Foi caracterizada como uma colcha de retalhos pelos juristas, também denominada de “Constituição do Terror,” por ter incorporado os dispositivos do Ato Institucional n. 5, que asseguravam ao Presidente poderes excepcionais, inclusive de suspender a vigência da própria Constituição.

Peça central da reforma foram as Atas da Comissão de Alto Nível para a Reforma da Magna Carta de 24 de janeiro de 1967, (ARAÚJO e MACIEL, 2001) que expressam as tensões internas do regime nessa fase e as formas de relação com a oposição que geravam. As forças de 1964 eram heterogêneas, pois combinavam objetivos diferentes: os moderados e liberais pelo combate à ameaça real ou imaginária, representada pela esquerda e criar as condições para a redemocratização; e a linha dura, pela restrição progressiva da democracia. A oposição também se dividia entre os que lutavam pela volta à legalidade pelos meios institucionais e os adeptos do abandono desse espaço, em razão de sua pretensa inutilidade, a favor da luta armada, voto nulo e autodissolução do MDB. Esse conflito resolveu-se pela composição entre a oposição institucional e os setores liberais do regime militar, sobretudo na aliança formal de 1985, no âmbito do Colégio Eleitoral. Configurou-se um quadro ambíguo, em que o regime recorria ao arbítrio, sempre que as necessidades do movimento exigiam; no entanto, preservava a aparência de democracia, como fez na Constituição de 1967 e manteria na reforma de 1969, em respeito à separação dos três Poderes, a garantia dos direitos civis, políticos e sociais, autonomia dos entes federativos e procedimentos eleitorais. Por isso, institucionalizava o próprio arbítrio, por meio de Atos Institucionais,

em que formulava regras e prazos de procedimento, sob a aparência da legalidade formal. O ethos da corporação militar era, assim, também assentar no liberalismo dos militares formados na escola da UDN, mesclado de elementos golpistas para salvar as instituições.

Mas, essa forma de institucionalização decorria dos entraves e resistências que o regime encontrava no Congresso Nacional para legitimar as demandas da revolução; foi, por isso, o principal alvo do AI n. 1 de 09/04/1964. Uma forma de institucionalidade que violou a democracia, sob a alegação de defesa da ordem democrática. Assim, o Congresso continuava a funcionar, mas com intervalos de fechamento e normas restritivas dos direitos políticos, apresentadas como temporárias. Na prática, perseguia os opositores, mas utilizando-se formalmente de inquéritos militares e do Serviço Nacional de Informações-SNI.

Esse processo reordenou a caótica situação econômico-financeira dos últimos meses do governo Goulart, reformou o aparelho de Estado, controlou os sindicatos e os trabalhadores do campo e da cidade. Daí o PAEG-Programa de Ação do Governo, (sob a égide de Roberto Campos no Ministério do Planejamento e Octávio G. de Bulhões na Fazenda) tendo por objetivos a redução do déficit do setor público, a contração do crédito privado, a compressão dos salários (por meio de reajustes inferiores à inflação), o aumento da arrecadação de tributos (melhor aparelhamento da máquina estatal), medidas antigreve (lei de greve de 1964), a rotatividade da mão de obra, desvinculada da estabilidade (FGTS), a repressão aos movimentos sociais rurais por meio do Estatuto da Terra, o aumento das exportações de matérias-primas e a promoção dos bens manufaturados.

Porém, os resultados das eleições para governadores (Minas Gerais e Guanabara), em outubro de 1965, haviam mostrado que os limites da legalidade e da institucionalidade que procurava manter, não eram suficientes para os propósitos revolucionários, que haviam dissolvido a UDN e o PSD na ARENA e o PTB e PSB no MDB. O projeto de Castelo Branco fora contido pela linha dura, por meio da Constituição de 1967. Costa e Silva havia sido eleito contra Castelo, na sucessão de uma onda de cassações e a invasão do

Congresso pelos militares, colocado em recesso. O regime, portanto, não se configurava então como uma ditadura clássica, mas um sistema militar que buscava a ratificação de seus atos pelo Congresso. O país estava institucionalizado, (Lei de Segurança Nacional, Lei da Imprensa e Constituição de 1967) com presidentes com mandato, embora privativos de generais, mas agora com o deslocamento da política para a lógica militar. Nessa situação, o regime fechou-se de vez (linha dura). Essa tensão evidencia-se pelo fato de que foi o Congresso que incluiu, nessa constituição, o Capítulo IV do Título II sobre os direitos e garantias individuais. Costa e Silva havia assumido com poderes menores do que Castelo, mas os moderados haviam perdido o comando para os generais da linha dura, que passaram a integrar os Ministérios. Nesse contexto, o ano de 1968 foi de rebeliões no mundo ocidental. Nos EUA contra a guerra do Vietnã, na França os estudantes por reformas educacionais. No Brasil, os estudantes, com apoio da classe média, o movimento operário (greves de Osasco e Contagem) e a Igreja católica na oposição. Formou-se a Frente Ampla, com políticos da velha ordem e a oposição parlamentar dos denominados “autênticos” do MDB. Iniciaram-se os primeiros ensaios da luta armada, assaltos a bancos, uma bomba no Congresso dos EUA e o discurso do deputado emedebista Márcio Moreira Alves, em repúdio à invasão militar na Universidade de Brasília. Negada a licença pelo Congresso, para processá-lo, foi fechado pelo AI n. 5. Com esse ato, o núcleo do poder concentrou-se nos militares que estavam no comando dos órgãos de repressão e vigilância. Abriu-se um novo ciclo de cassações, expurgos no funcionalismo público, perda de direitos políticos, censura dos meios de comunicação e tortura como método governamental (golpe dentro do golpe). As eleições foram suspensas e se criou o artifício das sublegendas para assegurar a vitória do governo.

Nesse contexto, a Constituição de 1967 foi responsabilizada pela crise. A reforma de 1969 visou, assim, assegurar nível constitucional ao novo surto revolucionário, ainda que transitório, com dispositivos políticos de exceção. Propiciava reduzir a área de interferência política e parlamentar no sistema do poder nacional. Consistiu, basicamente, nas seguintes alterações: aumento do

mandato presidencial para cinco anos; competência do Presidente para suspender ou cessar a vigência de dispositivos constitucionais, mediante decretos; eleições indiretas para os governos estaduais em 1970 e diretas a partir de 1974; confirmação da pena de morte, prisão perpétua, banimento e confisco para os crimes contra a segurança nacional; reestruturação geral da composição e funcionamento do Poder Legislativo; e ampliação da competência do Poder Executivo para emitir decretos-lei. A censura prévia aos meios de comunicação e à produção artística e cultural foi mantida, assim como a vigilância dos partidos e sindicatos, incluindo a propaganda eleitoral.

No âmbito do trabalho, previdência social e organização sindical, manteve praticamente o mesmo rol dos direitos instituídos pela Carta de 1967, porém inovou com o direito de aposentadoria dos professores aos 30 anos e das professoras aos 25 anos de efetivo exercício do magistério. (Emenda Constitucional n. 18/1981)

Na parte relativa à contratação dos servidores públicos, criou condições para a imposição do arrocho salarial no trabalho estatal. Para tanto, instituiu um terceiro regime de trabalho, além do estatutário e da CLT, a ser implementado por lei especial, de caráter precário e temporário, (que veio a ser tornar permanente) criando uma espécie de servidores de segunda classe. A União não chegou a adotá-lo, mas foi fartamente utilizado pelos Estados e municípios. Foi extinto com a Constituição de 1988. Também restringiu a competência da Justiça do Trabalho, em que os direitos dos trabalhadores eram julgados sob o princípio de sua hipossuficiência e transferiu-a para a Justiça federal comum, adstrita, ao contrário, aos princípios do regime estatutário, no que se refere ao julgamento das reclamações trabalhistas dos empregados da União, autarquias e empresas públicas federais. Foram também excluídos dessa competência os litígios referentes aos acidentes e doenças profissionais, transferidos para a justiça comum estadual (Maciel, 1982).

Outra importante alteração foi em relação à lei de acidentes do trabalho, cujos recursos provinham, segundo a Constituição de 1967, apenas das

empresas e da União, agora acrescidos da oneração dos trabalhadores com o desconto da respectiva contribuição previdenciária.

Nos primeiros anos da década de 1970, iniciou-se uma fase de crescimento econômico a taxas elevadas, diminuição do desemprego e aumento da produtividade, até por volta de 1973. Foram denominados de “anos do milagre”, mas também “anos de chumbo,” pois os salários estagnaram ou até diminuíram; o processo de trabalho e a rotinização das horas extras tornaram-se brutais, a taxa de acidentes e doenças do trabalho bateu recordes mundiais (SINGER,1981); e os líderes sindicais e partidários, que tentaram resistir e reorganizar os trabalhadores, foram presos, desaparecerem ou exilaram-se.

Nos anos seguintes, várias leis implementaram a Emenda de 1969, para modernizar e agilizar o funcionamento da Justiça do Trabalho, inclusive com a criação de novas Juntas, (Lei n. 5.630 de 02/12/1970) premida pelo aumento desmesurado da reclamações trabalhistas individuais e coletivas, geradas pelo arrocho salarial e previdenciário, a alta rotatividade viabilizada pelo FGTS e a perda da autonomia e liberdade sindical; que forçou os sindicatos à solução dos conflitos pela via judicial, inviabilizada a negociação direta com as empresas.

Com a Lei Complementar n. 7 de 07/09/1970, o governo implantou finalmente o princípio da participação dos trabalhadores nos lucros das empresas, que havia sido instituído pelo art. 157 da Constituição de 1946, como vimos, sem regulamentação, até então. Porém, fez de forma ladeada, por meio do Plano de Integração Social-PIS e do Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público-PASEP. Nesse sentido, instituiu um Fundo de Participação, mediante depósitos das empresas, dedutíveis do Imposto de Renda, na CEF e com recursos da União. Os trabalhadores passaram a ter direito a essa participação, calculada proporcionalmente ao tempo de serviço e ao valor dos salários, com base nas respectivas informações prestadas pelas empresas na Relação Anual de Salários-RAIS, mas condicionada ao saque somente em caso de casamento, falecimento, aposentadoria, invalidez ou para aquisição de casa própria; além disso, com a descaracterização salarial desse

valor. Dessa forma, o direito de participação ficou descaracterizado, desde logo, porque somente disponível naqueles casos e porque desvinculado do montante dos lucros auferidos pela empresa. Na verdade, esse direito somente foi implantado, de forma autêntica, pela Lei n. 10.101 de 19/12/2002, já na vigência da Constituição de 1988, como veremos.

Também em relação ao Ministério do Trabalho, o governo Médici implementou medidas modernizadoras e de adequação à natureza do modelo de capitalismo. Reorganizou o Conselho Nacional de Política Salarial-CNPS, segundo os desígnios da política salarial (Lei n. 5.617 de 15/10.1970), tendo como resultado a exclusão da correção monetária dos salários relativa aos períodos anteriores à sua instituição e medidas de benevolência e tolerância da fiscalização do trabalho com as irregularidades patronais. (Portarias n. 3.158 e 3.159 de 18/05/1971)

Depois de regulamentar algumas profissões, o regime voltou a controlar o trabalho nos portos e ferrovias (em vista da modernização e da intensidade do modelo exportador). (Decreto n. 71.112 de 15/09/1972) Os anos de euforia das grandes obras nacionais e de realização do projeto Brasil-potência, em contraste com a precariedade das condições de trabalho, levaram o governo Médici, por meio de várias portarias, a regulamentar o trabalho nas frentes de construção civil e na implantação dos grandes empreendimentos multinacionais (alimentação dos trabalhadores, CTPS provisória na Amazônia e recrutamento de brasileiros para trabalho em obras no exterior).

A par de outras alterações na área social, destaca-se também a reforma da Lei Orgânica da Previdência Social-LOPS de 1960, por meio da Lei n. 5.890 de 11/06/1973, que aprofundou o arrocho previdenciário. Resumidamente, excluiu dos direitos previdenciários básicos os trabalhadores filiados com 60 ou mais anos de idade, com exceção do direito ao pecúlio (restituição do valor das contribuições por eles pagas), mas agora sem juros. As aposentadorias, auxílios-doença e pensões passaram a sofrer o desconto da contribuição previdenciária. O período da base de cálculo da contribuição dos trabalhadores ativos, que era a média dos últimos 12 salários de contribuição, passou a ser de 48 meses, contra a gritaria dos sindicatos, em uma economia inflacionária.

Ampliou também para esse período (que era de 12 meses, nos termos do citado Decreto n.66/1966 e que já fora considerado uma perda ao alterar a citada LOPS) a exclusão dos referidos salários de contribuição, de qualquer aumento salarial acima dos citados índices oficiais, sem extinguir, no entanto, a contribuição dos trabalhadores sobre esses mesmos aumentos. Revogou o direito de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença decorrentes de moléstia ou lesão anterior à filiação previdenciária do trabalhador. Suspendeu o pagamento da aposentadoria daquele que voltasse a trabalhar, substituindo-o por um abono de 50%. Os trabalhadores também perderam o direito de recebimento dos benefícios sempre que, inicialmente indeferido, viesse a ser reconhecido em recurso na própria Previdência, quando passavam a recebê-lo desde logo, até decisão administrativa definitiva. Finalmente, com o indício de que o arrocho visava aumentar a receita da Previdência, a referida lei aumentou de 10 para 20 salários-mínimos o teto de incidência das contribuições previdenciárias, nos salários, a partir de 11/06/1973, tanto dos empregados quanto das empresas, ainda mais pela adoção da correção monetária sobre os débitos previdenciários.

No governo Geisel (15/03/1974-15/03/1979), a política de privatização da assistência médica previdenciária ganhou corpo, por meio do incentivo aos convênios médicos, ao proibir os empregados de empresas conveniadas de usarem os mesmos serviços do INPS (Portaria MPAS n. 39 de 05/04/1974).

Mas os mecanismos do arrocho começaram a refluir inicialmente nos direitos previdenciários, com a devolução de certos direitos em 1975 e com o avanço na criação de outros, como o salário-maternidade, (Lei n. 6.136 de 07/11.1974) facilitando a integração da mão de obra feminina no mercado de trabalho, porém, por meio da desoneração das empresas com os custos de trabalhadoras gestantes; integração que já promovera a Constituição de 1967 com os trabalhadores menores, ao reduzir a idade laboral de 14 para 12 anos.

Sistematizou e generalizou as normas de higiene e segurança do trabalho; unificou o PIS e o PASEP, diminuiu seus rendimentos, mas criou o 14º salário. Remodelou, em suas grandes linhas o processo de reajustamento salarial nos dissídios coletivos da Justiça do Trabalho. Sob pressão das greves

nas fábricas da Scania Vabis, Mercedes Benz e Volkswagen, tentou reagir, com uma nova Lei de Segurança Nacional e a regulamentação do dispositivo da Emenda de 1969, que proibia a greve, em proteção, basicamente, das empresas estatais. Em 1974, separou o Ministério do Trabalho e Previdência Social em dois ministérios específicos, o Ministério do Trabalho – MTb e o Ministério da Previdência e Assistência Social – MPAS, cujas políticas se desvincularam e adquiriram maior eficácia administrativa dos conflitos trabalhistas e previdenciários.

Um mês depois instituiu o auxílio-velhice (renda mensal vitalícia - Lei n. 6.179 de 11/12/1974) e desvinculou os reajustes do salário-mínimo dos demais reajustes (aluguéis, multas e outros), com o objetivo de permitir sua elevação sem repercussões inflacionárias, (Lei n. 6.205 de 29/04/1975) uma medida que viria a se tornar definitiva na Constituição de 1988 (art. 7º inciso IV). Em consequência, o teto máximo previdenciário de 20 salários-mínimos passou a 20 valores de referência-VRs. Ao mesmo tempo, o BNH e o Sistema Financeiro Habitacional passaram a reajustar as prestações dos mutuários da casa própria com índices superiores aos do salário-mínimo ou, pelo menos, acima da equivalência salarial, o que tornou insustentáveis os contratos de mútuo, provocou um alto índice de inadimplência e abarrotou o Poder Judiciário com ações judiciais.

Em seguida, duas leis (Lei n. 6.210 de 04/06/1975 e Lei n. 6.243 de 24/09/1975), refluíram o arrocho previdenciário. Restabeleceram parcialmente os direitos revogados em 1973, entre eles os juros e a correção monetária sobre a restituição do pecúlio e a revogação da contribuição previdenciária dos aposentados, afastados e pensionistas; e tornaram os cálculos dos benefícios mais favoráveis aos trabalhadores. Também instituíram o auxílio-funeral, hoje um benefício assistencial.

O governo iniciou a reforma previdenciária, para tanto, com a edição da Consolidação das Leis da Previdência Social-CLPS, (Decreto n. 77.077 de 24/01/76) instituindo o SINPAS-Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social e uma nova lei acidentária, com a estruturação e funcionamento da

CIPA—Comissão Interna de Prevenção de Acidentes nas empresas, composta de empregados eleitos, com a participação do sindicato respectivo.

Em decorrência da criação do MPAS e do inchaço legal previdenciário, que resultou dos anos do milagre, a CLPS foi editada para atender a exigências específicas de ordenar as leis esparsas, expurgar ambiguidades e esclarecer procedimentos, em um movimento racionalizador imprescindível à organicidade e criação desse Ministério. Com isso, preparou o terreno para a instituição do SINPAS (nele integrando o INAMPS –Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social). Com a nova lei acidentária (Lei n. 6.367 de 19/10/76) impôs aos trabalhadores a contribuição previdenciária, na condição de contribuintes do sistema estatizado do seguro e às empresas a taxa padronizada de contribuição das empresas (taxa SAT- Seguro de Acidentes do Trabalho). Essa alteração permitiu aumentar o valor dos ressarcimentos e indenizações, criar um novo benefício (o auxílio-doença suplementar) e manter a dispensa de carência para o direito ao seguro. Beneficiou os empregados urbanos, temporários, avulsos (estivadores) e os presidiários remunerados, excluídos os empregadores, os autônomos e os domésticos. Para a maior eficácia na resolução dos conflitos previdenciários, a lei também simplificou o processo judicial, com a instituição do rito sumaríssimo nas demandas dos trabalhadores face à Previdência.

Mas o aumento de receita não repercutiu no aumento do valor dos benefícios de prestação continuada; e os empréstimos do Fundo de Apoio às empresas (de incentivo à prevenção de acidentes e doenças do trabalho), sem juros, não passaram de mais um mecanismo de privatização da receita previdenciária. O arrocho previdenciário persistiu, pois a lei extinguiu o então denominado “regime de manutenção do salário” ou “salário-dia” (por meio do qual os acidentados recebiam, durante o afastamento, o mesmo salário do dia do acidente) e instituiu o cálculo do valor dos benefícios pela média dos últimos 12 meses de contribuição e ainda excluiu dele os aumentos salariais excedentes dos índices salariais oficiais. Porém, para prevenir os custos previdenciários dos acidentes e doenças, o regime começou a incrementar a organização de comissões de trabalhadores no interior das empresas, eleitos

pelos demais, para implementar as medidas de higiene e segurança do trabalho, com a garantia do direito de estabilidade provisória contra eventuais perseguições patronais, o que foi mais outro avanço. Para tanto, o Ministério do Trabalho baixou um conjunto de 28 normas regulamentadoras dessas medidas. (Portaria n. 3.214 de 08/06/78) Foi o caso da CIPA, acima citada, assim reativada e do SESMT- Serviço Especializado de Segurança e Medicina do Trabalho, composto de técnicos especializados.

O governo tentou, ainda, reformar a CLT, cujo anteprojeto evidenciava, na verdade, um novo código de trabalho que, sob pesadas críticas dos sindicatos e de partidos políticos, foi sustado. Além do significado político desse recuo, as alterações que tentou implementar também expressaram o significado das mudanças em curso, coerentes com a mesma lógica de inserção da força de trabalho nas regras do mercado de trabalho, sob a lógica do FGTS; porém, ambigualmente sob pesado controle dos índices salariais estatais. Tanto que, em reforço dessa lógica, tentava promover a volta às negociações diretas tão somente do índice de produtividade entre os sindicatos (aumentos salariais), mas sem os reajustes subordinados aos índices estatais de inflação. No caso de dissídio coletivo, devolvia o poder normativo à Justiça do Trabalho, mas na condição de não contrariar os índices da política anti-inflacionária. Restringia a intervenção do Ministério do Trabalho nos sindicatos à prévia autorização judicial (mas mantendo, portanto, o próprio princípio da intervenção); diminuía o *quorum* das assembleias sindicais para decretação de greve, mas mantinha as demais exigências da lei de greve e do decreto antigreve. Pior do que isso, liberava a contratação do trabalho das mulheres e revogava a legislação que lhes proibia o trabalho noturno. Permitia maior autonomia dos sindicatos na elaboração dos seus estatutos, mas mantinha sua subordinação às velhas restrições da CLT.

Este anteprojeto, sobretudo, continha inovações desconhecidas na CLT, como a distinção entre reajustes (reposição da inflação) e aumentos salariais (produtividade), o qual antecipou, literalmente, a estrutura dos reajustes salariais semestrais adotada pela lei de 1979.

Ao mesmo tempo em que o regime cooptou os sindicatos com um aumento da receita sindical (Decreto n. 78.339 de 31/08/1976), estabeleceu também controles acirrados sobre as eleições sindicais; (Portaria n. 3.437 vigente a partir de 01/05/1975) tanto que exigia dos candidatos o famigerado atestado de bons antecedentes (que somente em 1980 foi substituído por uma declaração de próprio punho do candidato pela Portaria n. 3.219 de 27/05/1980). Exigiu a remessa de cópia da ficha de qualificação dos candidatos ao Ministério do Trabalho, ficando a critério deste vetá-los. Juntamente com medidas de controle da receita e despesa sindical, (Lei n. 6.386 de 02/12/1976) voltou à carga com a exigência do voto obrigatório nas eleições sindicais. (Lei n. 6.512 de 19/12/1977)

Instituiu o estágio dos estudantes de ensino superior ou profissionalizante de 2º grau (Lei. n. 6.494 de 07/12/1977); o incentivo à aprendizagem profissional (Lei n. 6.297 de 15/12/1975) e sobre a alimentação no local de trabalho (Decreto n. 78.676 de 08/11/1976); criou órgãos e procedimentos das empresas para o controle de mão de obra e emprego, entre 1975 e 1977 (Serviço Nacional de Emprego, Conselho Federal de Mão de Obra, Serviço Nacional de Formação de Mão de Obra e Conselho Nacional de Política de Emprego). Alterou a lei de férias de 20 dias úteis para 30 dias corridos (Decreto-lei n. 1.535 de 13/04/1977), normas estas que se constituíram em avanços definitivos atuais.

Uma medida exemplar de modernização foi a criação da Classificação Brasileira de Ocupações-CBO (Portaria n. 3.654 de 29/11/1977), que propiciou o levantamento, classificação e codificação de todos os cargos e ocupações do país.

Além disso, na prática, os sindicatos, nas negociações sindicais, já obtinham novos direitos, em cláusulas de acordos e convenções coletivas de trabalho, como a estabilidade provisória da trabalhadora gestante, a cesta básica e a motivação da despedida por justa causa, que viriam posteriormente a se tornar lei.

No final do governo Geisel, a luta contra o arrocho ganhou corpo e, daí em diante, as medidas de repressão política e sindical também se atenuaram.

As medidas assistenciais e reformas modernizadoras na legislação trabalhista, sindical e previdenciária se adaptaram, assim, à natureza e ao nível exigido pelo crescimento da economia, mas igualmente amadureceu a contradição entre as demandas dos trabalhadores e os desígnios do regime político e econômico. A classe média e o proletariado haviam crescido e se tornaram mais exigentes no consumo de bens e nos direitos fundamentais. O descontentamento popular crescera. As leis do arrocho, apoiadas apenas unilateralmente no poder estatal, tornaram-se insustentáveis. A crise manifestou-se no próprio bloco do poder, a partir de 1974. Em 1978, eclodiram as greves sindicais, entre elas a greve “tartaruga”, não prevista na legislação.

Em maio de 1972, sob o governo Médici, viera a Emenda Constitucional n. 2 sobre as eleições indiretas para os governos estaduais. Em abril de 1977, no governo Geisel, a Emenda Constitucional n. 8, sobre as eleições dos senadores pelo Colégio Eleitoral (conhecidos por “biônicos”), visou assegurar uma composição mais favorável à eleição do Presidente da República; além de ampliar o mandato presidencial para seis anos.

As greves de 1978, em todo o país, irradiadas do ABC, o fortalecimento das oposições em torno do MDB, o surto inflacionário, a proletarização da classe média, a crise mundial, a política de direitos humanos do Presidente Carter (EUA) e a ruptura do bloco de poder fizeram refluir a ditadura militar. O movimento sindical reorganizou-se e ganhou força, especialmente na luta contra o arrocho, com forte contribuição do DIEESE. (CHAIA, 1992, p.181)

O regime tentou reagir com o famoso decretão antigreve (Decreto-lei n. 1.632 de 04/03/1978), regulando a lei de greve de 1964; em seguida, declarou ilícitas as manifestações políticas dos trabalhadores fora das normas legais, proibiu as greves de solidariedade nas atividades essenciais e o uso de verbas para o fundo de greve. A Emenda Constitucional n. 11 de 13/10/1978, nessa linha, proibiu de filiar-se ao sindicato o trabalhador que não estivesse em gozo de seus direitos políticos. Finalmente, o regime baixou a famosa Lei de Segurança Nacional (Lei n. 6.620 de 17/11/1978), sobre os conflitos de trabalho, em que a greve de coação do poder público, a greve “tartaruga,” o incitamento da luta de classes e a propaganda subversiva foram tipificados

criminalmente. Em 1979, interveio pesadamente nos sindicatos, destituindo seus diretores que tivessem persistido em greve declarada ilegal pelo Tribunal do Trabalho; mas, sete meses depois, anistiou a todos que houvessem cometido crimes políticos, conexos ou eleitorais ou tivessem suspensos seus direitos políticos, inclusive os dirigentes e representantes sindicais.

Uma medida central, no processo de abertura do regime, foi a lei dos reajustes semestrais (Lei n. 6.708 de 30/10/1979), por faixas salariais, com base no salário-mínimo. Revogou a legislação salarial anterior e formalizou, na verdade, uma prática que os sindicatos, de certa forma, já negociavam com aumentos maiores para os trabalhadores de menores salários. Mas também funcionou para conter os níveis dos reajustes, limitados aos índices oficiais de inflação (INPC), visto que os sindicatos, nas negociações diretas, começavam a obter índices superiores (DIEESE, 1980) e a inflação crescia.

Instituiu a negociação direta parcialmente, limitada apenas ao índice de produtividade (aumentos) e das chamadas cláusulas sociais, mas sob o crivo das medidas sindicais repressivas, acima indicadas e em consonância com o chamado pacote econômico de dezembro. Este desvalorizou o cruzeiro em 30% em relação ao dólar, para incentivo das exportações e, entre outras medidas, estimulou a inflação e a especulação financeira, ampliou a desnacionalização da economia e a concentração do capital. Em dezembro, as referidas faixas dos reajustes foram acrescidas de mais duas (Lei n. 6.886 de 12/1980), com um aumento de 10% na primeira, mas com o INPC reduzido à metade na penúltima e zerado na última. Era uma melhoria para os trabalhadores de salários mais baixos, mas às custas da piora dos salários mais altos, segundo a tendência de proletarização da classe média. Com isso, as empresas pequenas e médias, geralmente nacionais, que pagavam salários menores, foram oneradas desigualmente com relação às grandes empresas, geralmente transnacionais e estatais, que pagavam os salários mais altos. Mas, mesmo assim, as empresas tornaram ineficaz a lei por meio do aumento da rotatividade, em que dispensavam trabalhadores antes da data-base dos reajustes e os substituíam por outros com salários menores.

No meio do semestre de 1982, em plena crise, voltaram as pressões governamentais (Ministério da Fazenda) e patronais contra a lei, especialmente contra os aumentos salariais, por causarem inflação, porém já em divergência com o Ministério do Trabalho, que defendia a lei. Após as eleições nacionais de novembro, essa divergência se agudizou (F. de São Paulo, 1982). Veio o Decreto-lei n. 2.012 de 25/01/1983, que impôs novos critérios do arrocho, a partir de fevereiro, revogou os referidos 10% e concedeu o INPC, nas demais faixas, apenas parcialmente. As lideranças sindicais ameaçaram de greve nacional, mas sem sucesso. Nessas condições, o regime aprofundou o arrocho, desta vez alterando a fórmula do cálculo do próprio INPC, expurgando-o. Isso afetou, também, o salário-mínimo. Mas em seguida, recuou, ao baixar o Decreto n. 2.024, com o aumento da faixa de incidência do INPC integral de 3 para 7 salários-mínimos. Um mês depois, porém, voltou à carga com o Decreto-lei n. 2.045, o qual simplesmente extinguiu as faixas e reduziu os reajustes salariais para 80% do INPC.

O arrocho salarial atingiu então o seu ponto mais profundo. Frente à gritaria dos sindicatos, o governo tentou substituir aquele decreto pelo Decreto-lei n. 2.064, em vão, seguido do Decreto-lei n. 2.065, uma semana depois. Este instituiu 38 faixas salariais, com fatores decrescentes do INPC, não cumulativos, que iam de 100% desse índice, na faixa mais baixa, até 30% na faixa mais alta. Isso mantinha, na média, os 80% anteriores, com a diferença de redistribuir esse ônus nas faixas superiores, mais uma vez em prejuízo dos salários da classe média e maiores ônus das pequenas e médias empresas. Além disso, implantou violenta recessão no setor privado, com o aumento da carga tributária. Com isso, a receita previdenciária diminuiu e aumentou a inadimplência dos contratos de mútuo do BNH.

Em decorrência dos protestos sindicais contra esse decreto, os reajustes por faixas salariais foram extintos a partir de agosto de 1985 e os reajustes pelo INPC passaram a reduzir-se progressivamente, até julho de 1988, mas também estabeleceu a negociação sindical direta, sem a tutela estatal. Repudiado pelos sindicatos, um ano depois, esse decreto foi substituído pela Lei n. 7.238 de 1984, do Congresso Nacional, que instituiu apenas duas faixas

salariais, mas incorporava a maioria das normas do Decreto-lei 2.065. Garantiu o reajuste salarial de 80% do INPC e três formas de aumento que, no mínimo, asseguravam a diferença do INPC pleno ou um excedente real. Uma regra que resultava agora do Congresso e não mais do Executivo, em que os sindicatos atuaram diretamente com os parlamentares na negociação entre os interesses em conflito, em um grande avanço dos trabalhadores.

Em resumo, constatamos que o regime militar regulamentou intensamente inúmeros direitos na área trabalhista, previdenciária e sindical, segundo a lógica dos interesses do milagre, mas igualmente em decorrência da alteração da correlação das forças políticas e sindicais; de um lado, visava assegurar a superexploração do trabalho e, de outro, instituir novos direitos trabalhistas e previdenciários adequados ao novo patamar de relações entre o capital e o trabalho, tanto no nível tecnológico quanto resultante da associação do capital nacional com o internacional. Mas, caracterizou-se, no que se refere aos direitos sociais, como o período da história brasileira em que o aguçamento da contradição entre a ordem legal das instituições herdadas dos governos populistas e o novo regime jurídico, nas relações de trabalho, exigido pelo capitalismo associado, promoveu, a cada medida legal, a institucionalização dos novos direitos sociais de modo irrevogável. Nesse processo, o que era avanço institucional consolidava-se; o que era arrocho passou a ser objeto das forças democráticas por sua revogação, especialmente durante a Constituinte. Assim, quando veio a Constituição de 1988, esses avanços foram incorporados definitivamente e o arrocho salarial e previdenciário erradicado.

Como se vê, a partir do governo Geisel, graças à reação das forças democráticas, que já haviam conseguido se unificar de modo mais consistente, inclusive com a reorganização sindical e a formação das centrais sindicais, começou o processo de abertura política, com a Emenda Constitucional de 11 de outubro de 1978, que revogou a pena de morte, a prisão perpétua e a pena do banimento. Esse processo se ampliou no governo Figueiredo, com o abrandamento da censura e a concessão de anistia aos opositores do regime; assim como a campanha pelas eleições diretas para a Presidência da República em 1984, por meio de uma nova Emenda Constitucional, entretanto,

derrotada na votação de 26 de abril desse ano. Iniciou-se então a alternativa pela campanha da eleição de Tancredo Neves no Colégio Eleitoral, que foi vitoriosa e que deveria reconduzir o país à democracia.

Houve novas emendas à Constituição de 1967/69, que promoveram a remoção do denominado “entulho autoritário.”

Mas, somente uma nova ordem constitucional, exigida pelas grandes alterações institucionais, introduzidas pelo regime militar, inclusive na ordem econômica, seria adequada.

Face ao falecimento de Tancredo Neves, assumiu o vice José Sarney (15/03/1985 a 15/03/90), cujo governo convocou o Congresso, transformou-o em Assembleia Nacional Constituinte, para iniciar seus trabalhos em novembro de 1986 e veio a promulgar a Constituição de 1988.

11. O Estado Democrático de Direito - A Constituição de 1988

Por meio do Decreto n. 91.450 de 18/07/1985, o Presidente Sarney instituiu a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, presidida por Afonso Arinos de Melo Franco, logo apelidada de “Comissão dos Notáveis”. O Anteprojeto elaborado por essa Comissão foi enviado por despacho presidencial ao Ministério da Justiça em 24/09/1986, onde foi arquivado. Foi a Emenda n. 26 de 27/11/1985 que abriu as portas para a Constituição de 1988, convocou a Assembleia Nacional Constituinte a partir de 01/02/1987 e anistiou os punidos pelo regime militar.

Promulgada em 05/10/1988, com o título de Constituição da República Federativa do Brasil, apesar de redigida por uma Assembleia Constituinte derivada, instituiu profundas e inovadoras alterações, tanto nas relações civis quanto políticas, inclusive entre os Poderes, os entes federativos e os órgãos públicos. Ao contrário do Estado empresarial do regime militar, desenhou um Estado distributivista, com forte aumento nos gastos sociais e sobrecarga nos tributos indiretos para a implementação dos direitos sociais.

“A Constituição de 5 de outubro de 1988 foi de todas as Constituições brasileiras aquela que mais procurou inovar tecnicamente em matéria

de proteção aos direitos fundamentais. Não o fez, porém, sem um propósito definido, que tacitamente se infere do conteúdo de seus princípios e fundamentos: a busca em termos definitivos de uma compatibilidade do Estado social com o Estado de Direito mediante a introdução de novas garantias constitucionais, tanto do direito objetivo quanto do direito subjetivo.” (BONAVIDES, 2009, p.547)

Examinemos, preliminarmente, na Constituição de 1988, a centralidade dos valores constitucionais, em que assentam a extensão e a natureza dos direitos sociais e na participação direta da população nas deliberações sobre as políticas sociais, assim como nas garantias constitucionais que visam assegurar a eficácia desses direitos.

Já no Preâmbulo, os constituintes declaram que a instituição do Estado Democrático se destina:

“(...) a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)”

No Título I - Dos Princípios e Garantias Fundamentais, após declarar que a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito, no art. 1º, atribuiu-lhe os seguintes fundamentos, de forma inovadora :

I – a soberania;
 II - a cidadania;
 III - a dignidade da pessoa humana;
 IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
 V – o pluralismo político.
 Parágrafo único – “Todo poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

E, ainda, no art. 3º, os seguintes objetivos:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
 II - garantir o desenvolvimento nacional;
 III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
 IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Nos incisos II, V, IX e X do art. 23 atribuiu, como competência comum da União, Distrito Federal, Estados e municípios:

“(…)

II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

(…)

V – proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;

(…)

IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

X – combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;”

Nos incisos IX, X, XII, XIII, XIV e XV do art. 24, atribuiu à competência concorrente dos mesmos entes federativos, legislar sobre a:

“(…)

IX – educação, cultura, ensino e desporto;

X – criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;

(…)

XII – previdência social, proteção e defesa da saúde;

XIII – assistência jurídica e Defensoria pública;

XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;

XV – proteção à infância e à juventude.”

No art. 5º, no Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, instituiu os direitos e deveres civis, tanto os das constituições anteriores, como a função social da propriedade, a igualdade de todos perante a lei, a inviolabilidade do lar, a liberdade do pensamento e a garantia da irretroatividade das leis; quanto direitos e deveres novos, como o direito de resposta, a inviolabilidade da imagem das pessoas, a facultatividade de filiação a sindicatos e associações e a representação processual das associações, a defesa do consumidor, o *habeas data*, os direitos das presidiárias, o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção, a razoável duração dos processos judiciais ou administrativos e a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

No art. 14, entre os direitos políticos, assegurou o direito e o dever de voto aos maiores de 18 anos de idade, facultativamente a partir dos 16 anos, aos analfabetos e aos maiores de setenta anos; assim como a soberania popular por meio do plebiscito, o referendo e a iniciativa popular das leis.

No art. 8º do ADCT concedeu anistia a todos os que, no período de 18/09/1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em

decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo n. 18 de 15/12/1961 e aos atingidos pelo Decreto-Lei n. 864 de 12/09/1969, asseguradas as promoções na inatividade, cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo; obedecidos os prazos de permanência em atividade, previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.

Os direitos sociais foram expressamente instituídos, de forma inovadora, no mesmo Título, nos arts. 6º a 11, tendo, portanto, a natureza de direitos fundamentais.

No art. 6º, assim os discrimina:

“Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a alimentação, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

A ressalva final deste dispositivo, “na forma desta Constituição,” remete-nos, entre outros dispositivos, aos de seu Título VIII – Da Ordem Social, sobre a educação, cultura e desporto (Capítulo III) e sobre a família, a criança, o adolescente e o idoso (Capítulo VII), sobretudo a proteção à maternidade e à infância (art. 227), às pessoas com deficiência aos idosos (art. 230), que vieram a ser objeto de leis regulamentares. Especificamente com relação à educação, no art. 22, inciso XXIV atribuiu à União a competência privativa para legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional; no inciso V do art. 23 aos entes federativos a competência comum para proporcionarem os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência; e no inciso IX do art. 24, aos entes federativos, a competência concorrente para legislarem sobre educação, cultura, ensino e desporto.

O art. 7º manteve os direitos trabalhistas individuais dos trabalhadores do setor privado, já instituídos nas constituições anteriores, mas com as seguintes alterações, comparativamente com a Constituição de 1967 e a reforma de 1969:

- Inovou com a relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária, mediante indenização compensatória, determinando a multa de 40% dos depósitos do FGTS (art. 10 inciso I do ADCT), até que esse dispositivo seja regulamentado;
- Revogou o antigo direito de estabilidade no emprego aos dez anos de serviço na mesma empresa, mantendo apenas o FGTS;
- Instituiu expressamente o princípio da irredutibilidade do salário;
- Assegurou o salário-mínimo aos trabalhadores que recebam salário variável;
- Elevou ao nível constitucional o direito ao décimo terceiro salário, até então assegurado apenas por legislação ordinária, desde a Lei n. 4.090/1962;
- Criminalizou a retenção dos salários, pelo empregador, quando por dolo ou culpa;
- Alterou significativamente o dispositivo da Constituição anterior, determinando a participação efetivamente vinculada aos lucros ou aos resultados e desvinculada da remuneração, como era com o PIS/PASEP, a ser implementada por lei;
- Embora mantendo, como anteriormente, o limite máximo de oito horas da jornada de trabalho, entretanto, reduziu a carga horária semanal para 44 horas e a mensal 220 horas (as quais, até então, eram de 48 e 240, respectivamente), sem diminuição dos salários;
- Instituiu inovadoramente a jornada de seis horas no trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;
- Acrescentou, ao repouso semanal remunerado, sua preferência aos domingos;
- Também estabeleceu, inovadoramente, o percentual mínimo de 50% do valor das horas normais, para as horas extras, salvo negociação coletiva;
- Manteve as férias em 30 dias corridos, mas acrescentou-lhe o adicional de um terço do salário;
- Aumentou a licença-maternidade remunerada para 120 dias;

- Criou a licença-paternidade de cinco dias (art. 10 §1º ADCT);
- Determinou a proteção ao mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos;
- Criou o aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço na empresa a ser regulado em lei (o que não aconteceu até hoje), de 30 dias, no mínimo;
- Instituiu o direito ao adicional em decorrência de atividades penosas, insalubres ou perigosas;
- Determinou a proteção do trabalhador em face da automação;
- Alterou o instituto da prescrição da ação para os empregados reclamarem direitos, na Justiça do Trabalho, fixando o prazo de dois anos, a contar da data de extinção ou rescisão do contrato de trabalho, referentes aos últimos cinco anos, a contar da data da distribuição da reclamação;
- Acrescentou o motivo de idade e de portador de deficiência, à proibição então vigente, de diferença de salários no exercício de funções, além do sexo, cor e estado civil;
- Proibiu expressamente o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito anos de idade e de qualquer trabalho aos menores de dezesseis anos, salvo no caso do aprendiz, a partir dos quatorze anos de idade;
- Estabeleceu a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;
- Integrou parcialmente os trabalhadores domésticos aos direitos trabalhistas, assegurando-lhes o salário-mínimo, a irredutibilidade salarial, o décimo-terceiro salário, o repouso semanal, férias com o adicional de um terço, licença-gestante, licença-paternidade e aposentadoria;
- Manteve o direito dos professores à aposentadoria especial aos 30 anos (homens) ou 25 (mulheres) de efetivo magistério, acrescido à Constituição de 1967/69 pela EC n. 18/1981, mas que veio a ser revogado, para os professores do ensino superior, pela EC n. 20/1988;

- Não renovou os dispositivos anteriores de criação de colônias de férias e clínicas de repouso, recuperação e convalescença, a serem mantidas pela União (que nunca foram criadas); a obrigatoriedade de um percentual mínimo de brasileiros no serviço público; assim como a obrigação de assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva específicas dos trabalhadores;
- Assegurou a estabilidade provisória (art. 10, inciso II ADCT):
 - a) Aos empregados eleitos para a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes-CIPA (art. 163 CLT), desde o registro de sua candidatura até um ano após a extinção do seu mandato;
 - b) À empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

No art. 39, de forma inovadora, estendeu aos servidores públicos vários direitos até então assegurados aos trabalhadores sob regime da CLT, pelo art.7º; expressando uma mudança na concepção tradicional que não lhes reconhecia a condição de categoria profissional e a legitimidade como integrantes da classe trabalhadora. Tanto que, no art. 8º, lhes reconheceu os direitos sindicais.

No art. 8º instituiu uma nova concepção da organização sindical, face à longa tradição getulista, agora ordenada sob o princípio da autonomia e liberdade sindical, inclusive com o reconhecimento desse direito e da greve também aos servidores públicos (art. 37 incisos VI e VII). A fundação dos sindicatos deixou de depender de autorização do Poder Público, sem sua interferência e intervenção, condicionada, unicamente, ao respectivo registro meramente cartorário no Ministério do Trabalho e Emprego e ao princípio da unicidade sindical. Foi-lhes reconhecida ampla representatividade das categorias profissionais, inclusive em questões judiciais e administrativas e sua participação obrigatória nas negociações coletivas de trabalho. A contribuição sindical obrigatória foi mantida, apesar de assegurada a facultatividade de filiação sindical dos empregados e dos servidores públicos. O direito de greve restringido nos serviços e atividades essenciais, assegurado o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Ademais, no art. 10, assegurou aos empregadores, empregados e servidores públicos a participação nos colegiados públicos, em que seus interesses profissionais e previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.

Ainda, no referido Título VIII, também de forma inovadora, separou a Ordem Econômica e Financeira da Ordem Social, esta última centrada na instituição da Seguridade Social, nos direitos à saúde, à previdência social e à assistência social e nos princípios de sua organicidade. Entre eles, o da gestão democrática, com a participação direta da população interessada, por meio de conselhos de discussão e deliberação das respectivas políticas públicas. Igualmente o princípio da universalidade de cobertura e atendimento e o da seletividade e distributividade da prestação dos benefícios e serviços.

Aqueles três direitos foram assim priorizados, entre os discriminados no referido art. 6º, como integrantes do tripé securitário, face à sua imprescindibilidade social. Elegeu a saúde como direito universal não contributivo, cujos princípios serviram de base para a Lei Orgânica da Saúde e a instituição do Sistema Único de Saúde. Com isso, revogou a assistência médica previdenciária, de longa tradição getulista e priorizou a ação do Poder Público sob os princípios da saúde pública, de caráter preventivo. A previdência social foi organizada para assegurar benefícios aos trabalhadores (basicamente aposentadorias, pensões e auxílios), excluídos os serviços de assistência médica, assim remetidos ao SUS e aos planos médicos, com incentivos às empresas para promovê-los, mediante contribuição. Seus princípios foram objeto do Regulamento dos Benefícios e do Regulamento do Custeio da Previdência Social. Instituiu pioneiramente a assistência social também como direito subjetivo público, de caráter não contributivo, assegurado às parcelas da população em situação de risco e vulnerabilidade social, regulamentado pela Lei Orgânica de Assistência Social –LOAS com os seguintes objetivos:

- A proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
- O amparo às crianças e aos adolescentes carentes;

- A promoção da integração ao mercado de trabalho;
- A habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
- A garantia de um salário-mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, que comprovem não possuir meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

A esses objetivos, a Lei n. 11.258/2005 acrescentou ainda os seguintes, no art. 23 da LOAS:

- Programas de amparo:

- I – às crianças e adolescentes em situação de risco pessoal e social, em cumprimento ao disposto no art. 227 da Constituição Federal e na Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990;
- II - às pessoas que vivem em situação de rua.

No mesmo Título, no Capítulo VII – Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso (arts. 226 a 230), instituiu uma concepção integrada da família, fundada nos valores da dignidade, da solidariedade, da igualdade e do bem-estar, com ênfase nas relações afetivas, o que superou substantivamente a concepção privatista e contratualista ou de caráter patrimonial ou biológico, até então vigente. Reconheceu como entidade familiar não somente a instituída pelo casamento civil, mas também a união estável e a unidade formada por um dos pais e seus filhos. Extinguiu o pátrio poder, instituiu o poder familiar em igualdade de condições dos pais e coibiu a violência doméstica. Assegurou direitos às pessoas com deficiência e o amparo das pessoas idosas.

Com base nesses dispositivos, foram reformulados os direitos civis, especialmente no novo Código Civil de 2002 e instituída a Lei Maria da Penha (violência doméstica contra a mulher), o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso e a legislação federal e estadual de proteção às pessoas com deficiência.

Para a eficácia desses direitos, a Constituição de 1988 criou, de forma inovadora, algumas garantias processuais, que visam assegurar a plena

normatividade e efetividade dos direitos constitucionais, sobretudo o mandado de injunção (art. 5º inciso LXXI e art. 102 alínea q), o mandado de segurança coletivo (art. 5º inciso LXX), a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (arts. 102 e 103). Garantias estas assentadas no §1º do art. 5º da Constituição, o qual declara que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, visto que dotadas de plena normatividade. Com efeito, o legislador constituinte adotou a corrente constitucionalista atual, segundo a qual os preceitos constitucionais são fonte suprema da normatividade, cujos enunciados compõem também normas dotadas de eficácia, operacionalidade e vinculação à prática jurídica. Nesse sentido, Espínola (1998, p. 95):

“(...) Não interessam a qualidade das matérias reguladas na Constituição, ou a natureza das normas que as expressam formalmente, pois todas elas, sem exceção, têm juridicidade, vinculatividade e atualidade de normas jurídicas, de normas constitucionais. Está hoje definitivamente superada a ideia da Constituição como um simples concentrado de princípios políticos, cuja eficácia era a de simples diretivas que o legislador ia concretizando de forma mais ou menos discricionária. E mais: como norma, seus preceitos vinculam tanto os órgãos do poder estatal quanto os cidadãos e as instituições particulares.”

PARTE II – ANÁLISE E CONCEITUAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

CAPÍTULO I – Os Direitos Sociais na Constituição de 1988 - Conceito

1. Os direitos fundamentais: individuais, coletivos e sociais

Os direitos sociais estão inseridos no pórtico constitucional, logo após os Princípios Fundamentais (Título I), no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais e previamente aos dispositivos sobre a Organização do Estado (Título III), a Organização dos Poderes (Título IV), a Defesa do Estado e das Instituições Democráticas (Título V), a Tributação e Orçamento (Título VI), a Ordem Econômica e Financeira (Título VII) e a Ordem Social (Título VIII). Dessa forma, a estrutura e o funcionamento das instituições públicas, no Estado Democrático de Direito, estão condicionados à estrita observância da axiologia instituída nos dois Títulos iniciais. Tal pressuposto distingue-o fundamentalmente do Estado Social, cujas constituições ainda se limitavam, prioritariamente, a dispor sobre a organização e funcionamento do aparelho do Estado e dos Poderes, os direitos civis e políticos, em seguida, na Ordem Social e Econômica, sobre os direitos trabalhistas, previdenciários e sindicais e, finalmente, sobre a proteção à família.

Investigamos, desde a formação do Estado brasileiro, a gênese dos direitos individuais e sociais, descritos nos artigos 6º a 11 da Constituição de 1988; a seguir passamos a examiná-los especificamente, para apreender e precisar seu conceito, sua natureza e as eventuais distinções que evidenciem, inclusive à luz do processo histórico e lógico-categorial de sua instituição, que expusemos inicialmente.

Esclarecemos que, em nossa análise, limitamo-nos aos direitos sociais expressamente instituídos na Constituição de 1988, sem abranger os criados pela legislação infraconstitucional, por dois motivos. Estes últimos são, direta ou indiretamente, derivados dos direitos fundamentais, os quais expressam normas de princípio com tendência otimizadora. Assim, por exemplo, o auxílio-

natalidade, criado pelo art. 22 da Lei Orgânica da Assistência Social, é uma derivação da proteção constitucional da maternidade e da família; além disso, porque o objeto de nosso estudo vincula estritamente o processo institucional dos direitos sociais à natureza do Estado Democrático de Direito; que, por pressuposto, deve ser demonstrada necessariamente nos limites da norma constitucional que o institui.

Em seu exame, ponderamos duas determinações de que decorrem, a nosso ver e que explicitaremos daqui por diante. Correspondem à sequência histórica do processo de instituição dos direitos da pessoa humana, no mundo ocidental, a partir, basicamente, das revoluções burguesas, com exceção dos direitos coletivos; os direitos individuais, civis e políticos, como garantias do Estado liberal, por oposição à monarquia absolutista. Entretanto, também se reorganizam à luz de sua unidade e indivisibilidade lógico-categorial, visto que seu significado é inteligível sem a ponderação de sua interdependência e inter-relacionamento, em uma perspectiva de sua mútua integralidade. É nesse sentido, parece-nos, que se deve entender a Declaração da Organização Internacional do Trabalho-OIT, relativa aos seus fins e aos objetivos e, sobretudo, a sua Resolução n. 32/130 de 1977, em que afirmou, claramente, que "(...) é impossível a realização dos direitos civis e políticos sem o usufruto dos direitos econômicos, sociais e culturais."

2. Forma e conteúdo dos direitos sociais

Na República Velha havia referências ao "direito operário," "leis sociais" e "legislação social". A expressão "direitos sociais" inexistia nas constituições e leis anteriores, embora seus conteúdos se manifestassem de outras formas institucionais. Mais tarde, com relação aos direitos trabalhistas, previdenciários e sindicais, a expressão "direito social" referia-se especificamente à disciplina acadêmica, então inaugurada nas Faculdades de Direito, sobretudo por iniciativa do Prof. Cezarino Junior (USP, 1953). Desenvolveu-se nos quadros de formação do Estado Social, denominado de "direito operário" na Constituição

de 1937 e modernamente “direito do trabalho”. Oviedo (1934, p.5), jurista espanhol, já nessa época definia o conteúdo do direito social também restrito ao significado trabalhista. Maurício de Lacerda, provavelmente o parlamentar mais combativo a favor dos trabalhadores, na Comissão Social do Congresso Nacional, durante a República Velha, em seu livro de memórias com transcrições de seus discursos, também em nenhum momento se refere aos “direitos sociais”, mas sempre ao “direito social” ou “leis sociais”, no sentido acima referido (LACERDA, 1980).

Uma primeira referência explícita aos direitos sociais foi feita na Primeira Conferência Interamericana de Seguridade Social, realizada pela OIT em setembro de 1942, em Santiago do Chile, quando foi assinada a Carta Magna dos Direitos Sociais, “na qual procurou enunciar os objetivos e o conteúdo da nova expressão.” (Sussekind, 1983:96). Nessa Carta, no entanto, vê-se que os direitos sociais, neles incluídos a saúde, a alimentação, o vestuário, a habitação e a educação, eram ainda concebidos no âmbito restrito das relações de trabalho, como parcelas integrantes do cálculo do salário-mínimo, na redação original do art. 81 da CLT (Decreto-lei n. 5.452/1943), não tendo o sentido universal atual. Em sua redação está clara essa restrição, pois dizia que a política de seguridade social

“(...) deverá promover as medidas destinadas a aumentar as possibilidades de emprego e mantê-las em alto nível, a incrementar a produção e as rendas nacionais e a distribuí-las equitativamente e a melhorar a saúde, a alimentação, o vestuário, a habitação e a educação em geral e profissional dos trabalhadores e seus familiares.”

O conceito de direitos sociais também foi referido na Conferência de Chapultepec, reunida no México em 1943, vinculado aos direitos do trabalho e também à tutela das famílias operárias, menores e idosos, sempre sob o pressuposto, portanto, das relações de trabalho. De fato, na análise da Constituição de 1934 e as posteriores, até à Emenda de 1969, assim como da legislação infraconstitucional e as publicações acadêmicas ou jornalísticas da época, constatamos que esse conceito não havia sido formulado.

No Brasil, foi no regime militar que apareceu a primeira referência expressa a respeito, mesmo assim de passagem; mas que já revelava a

concepção de modernização e internacionalização da ordem social em adequação com os desígnios socioeconômicos desse regime, como veremos. Com efeito, o inciso III do art. 84 da Constituição de 1967, declarou como crimes de responsabilidade do Presidente da República, os atos que atentassem contra “III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais,” expressão esta repetida no art. 82 da Emenda Constitucional de 1969 e no art. 85 da Constituição de 1988. Essas são as duas únicas referências nacionais a respeito, que encontramos em nossa pesquisa, mas restritas a esse crime. Vale ressaltar que mesmo o Anteprojeto Afonso Arinos de 1986, que visava subsidiar os trabalhos da Constituinte de 1987, embora já instituísse inúmeros direitos sociais, inclusive a seguridade social, ainda não os conceituava dessa forma (Anteprojeto Afonso Arinos, 1986). Porque somente a partir da Constituição de 1988 é que essa denominação foi instituída e se generalizou, desde a origem, com o significado de direitos da cidadania mais amplo, envolvendo não somente aqueles direitos getulistas, mas também e, sobretudo, os universais.

Observamos que a antiga expressão “direito social” também não se confunde com o atual conceito de direito social, que designa o constitucionalismo moderno, tal como expomos adiante.

Finalmente, devemos reiterar que as referências constitucionais, nos textos anteriores a 1988, sobretudo a saúde e a educação, não eram instituídas como direitos sociais, asseguradas, em sua titulariedade subjetiva pública, como patrimônio da cidadania. Constituía-se, apenas, na instituição do dever do Estado em implementá-las, como diretrizes meramente programáticas, sem a reciprocidade do respectivo direito, que pudesse ser demandado administrativa ou judicialmente pelos cidadãos; muito menos com a instituição de garantias processuais específicas que as assegurassem, como as que o Estado Democrático de Direito instituiu (PARTE III Capítulo II item 6). Por isso, consideramos essas referências, em sua gênese, a partir da formação do Estado brasileiro, em sua evolução institucional (PARTE I, Capítulo II); ou quando originais da Constituição de 1988, mas para apreender sua natureza institucional atual.

Como vimos, na redação atual do art. 6º, são discriminados os direitos à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados. Sob o mesmo conceito, também estão incluídos os direitos trabalhistas (art. 7º), previdenciários (arts. 6º e 201) e sindicais (arts. 8º e 9º), assim como a participação dos trabalhadores e empregados nos colegiados dos órgãos públicos, em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação (art. 10º); e o direito de eleição, nas empresas com mais de duzentos empregados, de um representante com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores (art. 11). No âmbito sindical foi assegurada a autonomia e liberdade das entidades e ampliada sua legitimidade para ações judiciais coletivas, assim como a autonomia do exercício do direito de greve; mantendo a contribuição sindical e o princípio da unicidade sindical, mediante controle do registro respectivo no MTE. O direito à assistência jurídica integral, por meio da Defensoria Pública, foi assegurado pelo art. 134 da Constituição (tal como expomos no item 4. Cap. II da PARTE III). E a proteção integral às crianças e aos adolescentes, inclusive com deficiência (art. 227) e ao idoso. (arts. 229 e 230)

Compete-nos, assim, inicialmente, com fundamento nas informações obtidas na análise do processo histórico dos direitos humanos, dos textos constitucionais, legislação complementar e ordinária e demais documentos citados (PARTE I), elaborar o conceito de direitos sociais, em sua generalidade para, em seguida, apreender seu significado específico e suas distinções internas.

Para tanto, cumpre-nos discernir, preliminarmente, que todos eles se referem a determinados bens sociais materiais (por exemplo, moradia) ou imateriais (por exemplo, cultura) ou a ambos (por exemplo, a saúde). Porém, o Estado pode instituir apenas o seu dever de assegurar tal acesso à população, uma diretriz ou programa a ser implementado, sem, entretanto, assegurá-lo, em contrapartida, como direito subjetivo público; isto é, sem observar o princípio da reciprocidade entre os direitos e os deveres e, assim,

desempoderando os cidadãos de sua respectiva titulariedade e dos requisitos institucionais de aquisição. O dever sem o direito era, nesse caso, a característica do Estado Social, com relação aos direitos universais. A *contrario sensu*, portanto, o conceito de direitos sociais implica, necessariamente, não somente no dever do Estado, mas igualmente na instituição dos critérios de sua aquisição jurídica.

Parecem-nos resultar desta análise, em que pesem eventuais controvérsias pontuais, as conclusões que passamos a expor.

Os direitos sociais distinguem-se, em primeiro lugar, dos direitos civis e políticos porque estes, como vimos, são individuais e geram obrigações negativas do Estado (não fazer), em relação aos quais deve se abster, respeitando-os (por exemplo, o direito à identidade, de propriedade, compra e venda, crença religiosa, associação, voto, ir e vir e liberdade de opinião). Por isso, são denominados geralmente pelo conceito de direitos-liberdade. Têm efetividade imediata, porque exigem do Estado que simplesmente se abstenha de obstaculizá-los ou mesmo proibi-los. Já os sociais são assegurados às parcelas da população que se encontram em situação de risco ou vulnerabilidade social, tendo por finalidade o acesso a bens considerados imprescindíveis à satisfação das necessidades básicas ou de mínimos sociais ou de mínimo existencial (Alexy, 2008, p.502), por meio de obrigações positivas do Poder Público (fazer), que lhes proporcionem o respectivo acesso; por meio da elaboração de políticas, planos, programas e projetos, em decorrência, antes de mais nada, dos valores constitucionais da dignidade, da liberdade, da igualdade e da solidariedade. Dessa forma são também denominados de prestacionais, porque, ao contrário dos individuais, pressupõem uma conduta positiva do Estado, com relevância de conteúdo econômico por demandarem a sua iniciativa com recursos orçamentários diretos para sua efetivação. São ou devem ser instituídos, por força da Constituição, como políticas de Estado, implementadas, algumas delas, por leis orgânicas que lhes assegurem a eficácia, em parceria ou não com entidades da sociedade civil. Como e, por isso mesmo, os estudiosos franceses os qualificam como “*droits-créances*,” (literalmente direitos-créditos), a seguir citados, adotamos também a expressão

“direitos de acesso” ou “prestacionais,” para designá-los, como faz Alexy. (2008, p.499)

Segundo Diane Roman (2007), os direitos sociais, se analisados em oposição aos direitos civis e políticos, constituem uma categoria específica, vinculados a certas especificidades. Porém critica uma corrente de teóricos que, segundo ela, distingue-os por sua natureza, os civis e políticos por serem direitos-liberdade, enquanto os sociais por serem direitos de acesso a prestações estatais (benefícios e serviços). Também quanto ao regime jurídico, porque alguns deles seriam justiciáveis (isto é, assegurados judicialmente, como o direito à saúde, por exemplo), enquanto outros seriam meramente programáticos, não asseguráveis judicialmente (como o direito ao trabalho). Nesse sentido é que a teoria francesa diz que o “direito dos pobres é ... um pobre direito.” Cita Riviero (2.003), como exemplo dessa corrente, segundo o qual, enquanto os direitos civis e políticos asseguram ao seu titular o poder de livre opção e ação; os sociais conferem ao seu titular uma “créance” face à sociedade, obrigando-a a fornecer e satisfazer prestações positivas, assim como os serviços públicos respectivos. Desta forma, o poder de agir (direitos individuais) se justaporia ao poder de exigir (direitos de acesso) porque direitos complementares, embora contraditórios (liberdade de exigir X necessidade de seguridade). A especificidade dos direitos sociais, relativamente aos individuais, consistiria na diferença entre os regimes de procedimentos de sua exequibilidade. Os civis e políticos se perfariam por medidas de polícia (direitos de), enquanto os sociais dependeriam da criação de serviços públicos que assegurem prestações (direitos a). Os sociais seriam, por isso, meramente programáticos, imprecisos e vagos. Isto conforme certa doutrina francesa, para a qual estão em um plano inferior de justicialidade, comparativamente aos individuais.

Roman critica essa concepção, que considera ultraliberal e antissocial, por desnaturar a natureza desses direitos e torná-los ineficazes. Na verdade, diz ela, essa contraposição não convence, porque os direitos sociais na Constituição tendem a uma proteção concreta dos indivíduos, visto que são a própria concretização dos direitos individuais, atualmente concebidos em sua

unidade e indivisibilidade. Além disso, muitos direitos civis e políticos também dependem de serviços públicos específicos, sem os quais não se viabilizam como o direito de voto (que depende da execução orgânica de todo o processo eleitoral pela Justiça Eleitoral); ir e vir (que depende da iniciativa do Estado de instauração dos equipamentos públicos de transporte), direito à Justiça (inviável sem a criação de tribunais e serviços judiciários) e assim por diante (p. 44). Como se vê, sob o aspecto institucional, com relação às obrigações do Estado para com a exequibilidade desses direitos, não há diferença essencial entre eles. Cita De Schutter (2004), para quem o Poder Público, com relação aos direitos individuais e sociais, assume uma tripla obrigação: respeitar, não se imiscuindo no seu exercício; proteger, não tolerando desrespeito por terceiros; e realizar, fornecendo os meios para o seu exercício efetivo. Nesse sentido, esses direitos também podem ser distinguidos por meio da forma como a Justiça os realiza. Regra geral, os juízes recusam-se a deduzir do enunciado normativo (que os institui apenas como dever) uma obrigação a cargo do Poder Público para torná-los efetivos (*self restraint*) porque esse papel caberia ao Legislativo. Nessa concepção, seria uma questão política da competência do Legislativo e não judicial decidir qual parte do orçamento deve ser dotada à saúde pública, por exemplo. Mas também por aqui essa distinção não procede, acrescenta Roman, porque os tribunais dão crescentemente inúmeros exemplos de exequibilidade imediata dos direitos sociais, quando sua inobservância põe em perigo outros direitos, como o da dignidade e da igualdade, como medidas emergenciais. Para assegurar o direito à vida, por exemplo, inúmeras decisões judiciais concedem o imediato acesso aos serviços públicos, inclusive a remédios caros e a serviços de saúde especializados.

Desse modo, é possível constatar que os direitos sociais têm sido implementados progressivamente como obrigação inderrogável do Estado, quando o Executivo e o Legislativo se omitem permanentemente. Nessa hipótese, há ofensa à Constituição, porque esta exige a progressiva realização dos direitos por meio de programas coerentes e coordenados, assegurados pelo menos aos mais carentes.

Esta distinção, entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais, é mais explicitada no estudo acerca de sua efetividade. (PARTE II, Capítulo II, item 3.3)

Em segundo lugar, os direitos sociais distinguem-se dos direitos coletivos, por dois motivos. Primeiro, porque estes não se vinculam, necessariamente, à garantia das necessidades básicas e mínimos sociais, como acima exposto, podendo ter por objeto qualquer direito, de qualquer parcela da população, rica ou pobre, desde que assegurado a uma coletividade de pessoas, previamente identificadas por uma relação jurídica base, como vimos inicialmente. (PARTE I Capítulo II) Segundo, porque os sociais podem ser coletivos, é certo, mas também podem ser difusos, assentando numa determinada situação de risco e vulnerabilidade social de pessoas que, por isso, não são previamente identificáveis. Não se identificam por essa prévia relação jurídica, subjetivamente, mas por se encontrarem em tal situação, objetivamente definida como carecedora de proteção social, com relação aos bens sociais eleitos pelos citados arts. 6º a 11, como imprescindíveis à satisfação dos mínimos sociais.

O conceito de direito coletivo também foi equivocadamente desenvolvido como objeto do direito social, no âmbito acadêmico, nos quadros de formação do Estado Social, segundo o qual seu elemento distintivo seria a expressão da predominância do interesse coletivo sobre o interesse individual. Assim o concebia Cezarino Júnior (1953, p.16), pioneiro do direito social no Brasil, desde 1940: "(...) a expressão "social," na denominação de nossa disciplina, visa opô-la ao direito individualista, oriundo da Revolução Francesa, significando a predominância do interesse coletivo sobre o individual". Vital Moreira (1973, p.177/178) também identifica os direitos sociais com os coletivos: "A expressão "direitos sociais" pode ter dois significados distintos – ambos estranhos à concepção liberal - : (1) como direitos fundamentais não do indivíduo mas sim de pessoas colectivas, de grupos sociais."

No entanto, os direitos sociais também não se definem pela predominância do interesse coletivo, visto que a ele não se reduzem, como já vimos. Tanto que este interesse também já se manifestava, desde a República

Velha, nas então denominadas classes empresariais, que na mesma época se organizavam crescentemente em associações representativas para a defesa dos interesses patronais, que também são coletivos. Ora, nesse caso, tal direito não se definia e nem se define como social, no sentido dos artigos 6º a 11 da Constituição de 1988, porque não é vinculado aos mínimos sociais.

Também o conceito de “direitos básicos,” adotado hodiernamente, é impreciso, visto que expressa não somente os sociais em sua generalidade como também os individuais e todos os direitos e garantias fundamentais.

Em terceiro lugar, os direitos sociais distinguem-se entre si mesmos porque dentre eles constatamos os que são atribuídos à população em geral, enquanto outros se referem exclusiva e especificamente aos trabalhadores. (arts. 6º, 7º a 11 e 201) Cabe observar que isso não significa que os trabalhadores também não sejam titulares dos demais direitos sociais. De fato, se compararmos os dispositivos legais citados, constatamos que alguns desses direitos se repetem. Parte dos direitos instituídos no art. 6º também está incluída no art. 7º inciso IV, integrativos da composição do salário-mínimo familiar, próprios dos trabalhadores. A diferença consiste em que, ao instituir o direito dos trabalhadores urbanos e rurais ao salário-mínimo, este se define pelos seguintes direitos, que deve atender e que, segundo sua discriminação, são: moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. São direitos assegurados somente aos trabalhadores. Se os compararmos com os do art. 6º, verificamos que são coincidentes parcialmente, porque estes últimos referem-se à população em geral, inserida ou não em atividades formais de trabalho, porém sem renda suficiente para satisfazê-los. Por isso, ao contrário do salário-mínimo, os do art. 6º também incluem o direito ao trabalho; ao passo que os do salário-mínimo acrescentam o transporte, o vestuário e a higiene, imprescindíveis aos trabalhadores e, por isso, não incluídos no art. 6º. Em outros termos, os direitos sociais, embora sempre referidos aos mínimos sociais, distinguem-se, entre si, seja com relação aos trabalhadores, seja com relação às parcelas da população em geral, em situação de risco e vulnerabilidade social.

Os direitos sociais instituídos pela Constituição de 1934 eram e continuam sendo assegurados, apenas, aos trabalhadores no âmbito trabalhista, previdenciário e sindical. Depois dessa inauguração, nenhum outro governo e muito menos nenhuma outra formação do Estado brasileiro (1937, 1946, 1967/69 e 1988) os revogou, embora sob distintos regimes políticos. Ao contrário, ampliaram-nos, sucessivamente. Um dos fatores dessa continuidade foi, provavelmente, a aliança entre o capital e o trabalho, que vigorou praticamente durante toda a história do Estado Social, construída por Vargas entre o PTB e o PSD, as duas maiores forças políticas de então, que governaram o país de 1945 a 1964 e elegeram Juscelino Kubitschek em 1955; e que somente se rompeu quando o PTB, em 1963, perdeu sua força congressual com o PSD, criando-se uma situação que se denominou de paralisia do Congresso, por conta do confronto em torno da demanda pelas reformas de base. Goulart, então presidente, recusou-se a reprimir as lideranças radicais do PTB, capitaneadas por Brizola e o movimento sindical, base popular desse partido, que pressionavam o Congresso pelas reformas de base. As tentativas de conciliação de Tancredo Neves, San Tiago Dantas e, finalmente do Plano Trienal, proposto por Celso Furtado, acabaram sendo atropeladas pela radicalização entre a esquerda e a direita. Essa aliança então se desfez. No regime militar, Golbery do Couto e Silva tentou uma nova aliança partidária entre o capital e o trabalho, mas de cima para baixo, sem sucesso. Além disso, essa aliança dos governos com os sindicatos voltou a vigorar, após o governo de FHC, nos governos Lula e de Dilma Rouseff.

Entretanto, os cientistas políticos, juristas e a jurisprudência dos Tribunais, em geral, referem-se a eles como resultantes de um longo processo de aperfeiçoamento e de sua implementação crescente. Por isso, o Estado Democrático de Direito tem sido concebido como o ponto culminante do Estado Social, em que praticamente todos esses direitos foram assegurados e ampliados para, agora, lhes dar efetividade, por meio de políticas sociais. Essa concepção, no entanto, somente se viabiliza porque reduz os direitos sociais aos direitos dos trabalhadores e porque foram e continuam concebidos teleologicamente, apenas com relação à sua finalidade social, que consiste em

assegurar o acesso aos bens sociais que satisfaçam as necessidades básicas. Reduzidos a essa concepção genérica, não são distinguíveis entre si. Nessa condição, o Estado que os assegura é sempre o Estado Social.

Porém, se os analisarmos com relação ao processo de sua institucionalização, isto é, aos pressupostos constitucionais de sua aquisição, segundo os critérios e requisitos legais que prescrevem as condições em que são ou devem ser assegurados à população, constatamos que se distinguem, no mínimo, em duas categorias, com história própria e distintas naturezas jurídico-políticas; cujos traços distintivos somente se viabilizaram, institucionalmente, com a Constituição de 1988.

Embora já fossem teoricamente apreensíveis desde 1934, é justamente com a instituição do Estado Democrático de Direito que se formalizam e se especificam, segundo as denominações que adotamos, em direitos sociais *clássicos* e direitos sociais *universais*. Se é perceptível que, em seu conjunto, se caracterizam por aquela finalidade social, entretanto, com relação aos referidos critérios e requisitos legais, revelam distintas determinações jurídico-políticas. Assim, ao nos referirmos aos direitos sociais, tornou-se imprescindível ponderar sempre tal distinção, sem a qual sua análise deixará de formalizar suas especificidades, em prejuízo de sua efetividade. De fato, com relação a tais pressupostos, os direitos trabalhistas, previdenciários e sindicais têm por requisito estar o respectivo titular em situação de emprego formal, sob vínculo empregatício; já os demais, ao contrário, pressupõem basicamente a situação de desemprego ou de trabalho informal, porém descrita pela incapacidade de auferimento de renda suficiente para o acesso aos referidos bens, considerados básicos para a sobrevivência.

Nesse aspecto, os trabalhadores têm assegurado o acesso aos mínimos sociais pela garantia do salário-mínimo, como vimos; ao passo que as parcelas da população, com incapacidade de renda, acima referidas, somente por meio da garantia da instituição de políticas sociais, planos, programas e projetos. Cabe destacar que essa distinção não é contraditória e nem elide a coincidência parcial entre os direitos do art. 6º com os do art. 7º, como expusemos acima. Ela nada mais expressa do que a garantia dos direitos

sociais universais aos titulares dos direitos sociais clássicos, nos planos, programas e projetos instituídos pelas políticas sociais, ao definirem as parcelas da população, a que se dirigem, pelo nível de renda, calculado por níveis salariais (efeito “farol”), justamente quantificados em salários-mínimos, abaixo dos quais os trabalhadores também são reconhecidos na mesma situação de incapacidade de auferimento de renda suficiente para o acesso a tais direitos. Institui-se, assim, o conceito de baixa renda, como, por exemplo, o definido pelo Conselho Curador do FGTS para o acesso aos planos de moradia popular.

A história dos direitos sociais brasileiros revela que os clássicos decorrem de um longo processo institucional de implementação, iniciado ainda na República Velha, consagrados na Constituição de 1934, aprimorados nas décadas seguintes e, sobretudo, ampliados na Constituição de 1988. São assim denominados porque foram eles que serviram de fundamento originário de conciliação das classes sociais para a conceituação do Estado Social; e os universais, que no Estado Social foram instituídos apenas como diretivas de implementação de bens sociais (basicamente educação e saúde), somente como deveres e, por isso, de difícil programaticidade.

Essa distinção formula-se, portanto, entre os direitos da parcela da população trabalhadora e os da população restante, sem emprego ou com baixa renda salarial.

CAPÍTULO II – Direitos Sociais Clássicos e Direitos Sociais Universais: Qualificação

Vimos que, desde 1930, o Governo Provisório instituiu uma política de âmbito nacional, embora restrita às relações de trabalho, fundamentada em uma concepção integral do papel do Estado e da natureza das relações sociais, políticas e econômicas entre o capital e o trabalho, suficientemente coerente e sucessivamente aperfeiçoada, consensualmente denominada de getulismo. Os direitos sociais, que então inaugurou, não tinham natureza universal porque eram restritos às relações de trabalho. Eram, portanto, setoriais. Segundo Jaccoud (2010, p.66), no âmbito das políticas sociais, o Estado visou não apenas à cobertura dos riscos sociais, como também à estabilização da força de trabalho assalariada e à promoção tanto de sua integração social aos setores modernos da economia, como à sua integração política, pela via do corporativismo de Estado, atenuando os conflitos. Continha, implicitamente, o reconhecimento do mercado de trabalho, a dependência salarial dos trabalhadores e a previdência social para prevenir os casos de incapacidade laboral temporária ou definitiva; e a regulamentação das condições de trabalho, por meio da instituição e o funcionamento dos sindicatos. A conexão intrínseca desses direitos, que evidencia serem manifestações específicas do mesmo processo, foi a base da instituição orgânica do Ministério do Trabalho, Justiça do Trabalho, Previdência Social (IAPs) e organização sindical. Sobretudo determinou sua implementação como um todo e não isoladamente, com plena consciência de sua implicação mútua no abrandamento da luta de classes. Para sua conciliação, nos moldes corporativistas, foi essa concepção integral que lhe permitiu instituir os direitos sociais clássicos, conjuntamente, com clareza dos limites institucionais, simultaneamente com o aparato governamental de sua efetividade, por meio dos referidos órgãos, sucessivamente mantidos e aperfeiçoados, desde então. Cabe observar que o corporativismo getulista, nesse campo, não se manifestou no conteúdo desses direitos e, sim, na natureza da efetividade desses órgãos. Por isso, foram direitos que, extinto o corporativismo, mantiveram-se e

aperfeiçoaram-se sucessivamente, durante todo o período do Estado Social e especialmente no Estado Democrático de Direito.

Mas, os demais direitos sociais, de natureza universal, a que se refere o art. 6º, dirigidos à população, independentemente de sua condição laboral, foram instituídos somente pela Constituição de 1988. Até então, dependiam da iniciativa legislativa e da criação de órgãos executivos, cuja história, ao contrário dos que foram criados para a efetividade dos direitos clássicos, como vimos, evidencia um longo e precário processo de definição de atribuições e competências e, sobretudo, de implementação operacional. Outra parte, como a moradia e a alimentação, somente foi instituída em 1988.

Esse é, portanto, o conteúdo inovador do conceito de direitos sociais, que institui o Estado Democrático de Direito. Expressam uma nova concepção, voltada para o conjunto da população, nela incluída os trabalhadores, não integrada à natureza do Estado Social; em que se limitavam aos trabalhadores, inclusive a educação e a saúde, mesmo assim precariamente. Porque, embora já suscitasse sua própria universalidade, não eram universais e instituídos como direitos subjetivos públicos.

Ainda, no citado art. 6º da Constituição, constatamos que são elencados conjunta e linearmente, tanto os clássicos como os universais, como se, em sua natureza, fossem uniformes. E não poderia ser de outro modo, porque não compete à lei tal tarefa. Mas, nos estudos acadêmicos, não encontramos esta distinção interna, somente a externa, entre os direitos sociais, como um todo, com relação aos direitos individuais; ou apenas em seu conjunto, com relação à sua finalidade, a de satisfação das necessidades básicas. É certo que alguns estudiosos elaboram distinções internas, porém sob várias qualificações, segundo critérios diversificados e secundários, como analisamos a seguir.

Também sob esse aspecto, a distinção que formulamos, em nosso parecer, é fundamental para distinguir o Estado Social do Estado Democrático de Direito. Não é retórica, porque expressa uma nova concepção das relações entre a sociedade civil e o Estado, não mais limitadas aos direitos dos trabalhadores, agora sob o desígnio da universalidade e da concretude axiológica dos direitos fundamentais, tal como instituídos no pórtico

constitucional. Expressa, dessa forma, um novo conteúdo, vinculado aos direitos fundamentais, que o Estado Social não instituiu.

A primeira distinção consiste, portanto, em que todos os direitos sociais, clássicos ou universais, definem-se não exatamente por serem coletivos ou básicos, mas por assentarem na garantia do acesso aos bens sociais necessários à satisfação das necessidades básicas. Configuram-se, nesse aspecto, em seu conjunto, indistintamente, no novo texto constitucional, como uma modalidade genérica dos direitos e garantias fundamentais impostos em um longo processo histórico de instituição e ampliação dos direitos humanos. Constituem-se, como vemos, em um grande avanço dos direitos da população, por elegerem determinadas condições materiais e espirituais de vida como imprescindíveis e que, por isso, devem ser assegurados, tanto individual como coletivamente, como vimos.

Mas, a segunda característica é que, no rol desses direitos, nos citados dispositivos constitucionais (art. 6º a 11), apenas alguns deles são clássicos (trabalhistas, previdenciários e sindicais), herdados pelo Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, preservam sua natureza setorial originária, restritos às relações de trabalho. Mantiveram-se como direitos subjetivos públicos, desde então, mas delimitados a esse setor, em decorrência de sua própria natureza social.

Porém, entre esses direitos, constatamos também aqueles cujo conteúdo social foi apenas referenciado desde a Constituição de 1934 e mantido nas cartas constitucionais seguintes, como a educação e a saúde, que na Constituição de 1988 adquiriram proteção integral sob o princípio da universalidade, agora elevados a direitos subjetivos públicos; assim como novos direitos, originariamente instituídos pela Constituição de 1988, basicamente nos seus arts. 6º, 227 a 230, a saber, a moradia, o lazer, o trabalho, a alimentação, a segurança, a assistência social, a proteção especial às pessoas com deficiência, população em situação de rua e aos idosos. A essas duas categorias de direitos denominamos de universais, porque assentados na concepção universal de cidadania, segundo a qual todos os brasileiros, independentemente de sua inserção nas relações de trabalho, a

eles têm direito. Por isso, neles, a cidadania é incondicionada, obviamente nos limites do pertencimento ao Estado nacional. Todos os cidadãos, na condição de integrantes da comunidade política, trabalhadores ou não, são seus titulares, com direito de acesso de acordo com suas necessidades, porque implicam em um mecanismo de solidariedade e redistribuição entre as pessoas físicas e jurídicas que podem contribuir e as que terão os custos, de sua atenção, pagos por toda a sociedade, por meio de tributos. Introduzem um princípio de justiça e de solidariedade social, que institui um patamar mínimo de bem-estar como parte de um padrão civilizatório que define os direitos humanos. Por isso, igualmente, não se reduzem aos direitos trabalhistas e sindicais, como faz Moraes (1999), embora cite, de passagem, os referidos no art. 6º da Constituição.

Observamos, ainda, que o conceito de direitos sociais não inclui, pelo exposto, além dos acima discriminados, os temas das demais seções do Título VIII – Da Ordem Social, incluídos por Tavares (2008, p.769 - 772), pelo simples fato de integrados neste Título: a ciência e a tecnologia (art. 218), a comunicação social (art. 220), o meio ambiente (art. 225) e os índios (art. 231); considerando-se, ainda, que as etnias indígenas estão regidas por estatuto próprio, que visa preservar a integridade de sua cultura, comunidades e organizações. (art. 232)

A distinção entre clássicos e universais, no entanto, não foi teoricamente formulada até hoje, embora não tenha sido despercebida por alguns poucos constitucionalistas, de passagem e sem critérios rigorosos e fundamentados; como Paulo Bonavides (2009, p.382), por exemplo, ao conceituar os direitos sociais sempre de forma genérica e abstrata, sem tal distinção, apenas quanto à sua eficácia.

Passamos a especificá-la, para evidenciar que, entretanto, o conceito de direitos sociais, quando apenas vinculado genericamente à satisfação das necessidades básicas ou aos mínimos sociais, não permite distingui-los entre si; uma vez que obscurece os requisitos subjetivos de sua aquisição, isto é, os referidos à titulariedade das parcelas da população que os demandam, instituídos pela Constituição de 1988, os quais passamos a examinar: os

clássicos, assentados nas relações de trabalho e os universais, na situação de renda ou de acesso ao consumo.

1. Direitos sociais clássicos – relações de produção – trabalho – setorialização

A instituição dos direitos sociais clássicos decorreu do compromisso histórico entre a burguesia industrial e o proletariado, não mais sob os princípios das relações contratuais civis, baseados na livre vontade das partes; mas por intervenção estatal, unilateral e legal, em resultado de certo equilíbrio, mais ou menos, decorrente dos conflitos da questão social. Compromisso que Lauerhass (1986, p.36) denomina de fordista, voltado ao interesse coletivo do capital e em que o proletariado teria renunciado à luta revolucionária, em troca da garantia de seguridade social, isto é, a satisfação de seus interesses imediatos. Em outros termos, dos direitos formais (civis e políticos) e reais (habitação, saúde, educação, formação profissional, cultura e lazer). Segundo ele, o proletariado teria perdido sua negatividade, no sentido marxista, “da classe da sociedade civil que não é uma classe da sociedade civil (...) da esfera que possui um caráter universal por seus sofrimentos universais e não reivindica um direito particular”. (MARX, 2008, p. 20).

Ainda segundo Lauerhass (1986, p. 42), esse compromisso decorreu de transformações, a partir do último terço do séc. XIX, das condições organizacionais do trabalho industrial, o taylorismo (baseado na estrita separação entre as tarefas de concepção e as de execução, estas últimas parcializadas), seguido da mecanização do processo de trabalho e da cadeia de montagem, posteriormente denominadas de fordismo e que superaram o processo anterior de trabalho artesanal dos operários de ofício e contra sua inútil resistência. Após a I Grande Guerra mundial, esses métodos generalizaram-se, intensificaram a exploração e propiciaram, assim, a passagem do regime de acumulação extensiva (mais-valia absoluta) para intensiva (mais-valia relativa). Mas esta tendia, por um lado, a inchar a

demanda por meios de produção (capital constante), como único meio para aumentar a produtividade; de outro, a limitar a demanda de meios de consumo, especialmente os das necessidades básicas, em relação à capacidade de produção que se acumulava nesse setor, sem considerar as respectivas proporções entre os diferentes ramos da produção social e a capacidade total de consumo da sociedade, com tendências a desembocar em uma crise de superprodução. Foi o que ocorreu nos anos 1920, em que a produtividade aumentou em ritmo extraordinário, enquanto os salários cresceram em aproximadamente um terço desse aumento. A acumulação de lucros, daí resultante, gerou um *boom* especulativo sem precedentes (1926-1929) e o *crash* de 1929-1930. Essa crise, no entanto, teve o efeito de demarcar os limites dessa contradição, em que a taxa de apropriação da mais-valia se evidenciou demasiadamente elevada. Ficou evidente que o regime de acumulação somente seria viável na condição de que o crescimento dos lucros fosse relativamente acompanhado do crescimento proporcional dos salários reais (acesso aos meios de consumo). Essa solução decorreu do desastre da grande depressão do capitalismo nos anos 1930; das lutas operárias por reformas, como direito de greve, salários indiretos (seguro-saúde e velhice); vitória das forças políticas (social-democracia), com apoio dos sindicatos; aprofundamento da democracia política (decorrente da derrota do fascismo e do nazismo); e os imperativos econômicos e sociais de reconstrução do período pós-guerra, acompanhados de uma nova onda de lutas operárias.

A instituição dos direitos sociais, daí decorrentes foi, portanto, diretamente gerada pelos conflitos das relações de trabalho e assim limitada, direta ou indiretamente, ao mercado de trabalho. A denominação de clássicos é a que os define mais completamente, em dois sentidos. No primeiro, por integrarem os direitos da cidadania, como vimos (MARSHALL, 1967); e, no segundo, porque estritamente referidos ao conjunto da classe trabalhadora, em que se inclui o qualificativo de direitos categoriais, adotado por Bastos, adiante citado, no conflito entre capital e trabalho. Clássicos, porque gerados do conflito de interesses entre estas duas classes, cujo abrandamento o Estado Social tentou implementar, por meio de sua regulação conjuntamente com a do

capital, no mesmo capítulo “Da Ordem Social e Econômica,” ao contrário da Constituição de 1988, conforme nossa análise (PARTE III, Cap. II, item 5). Politicamente, o fundamento de sua instituição assentou na concepção getulista de cidadania por meio da inclusão no mercado de trabalho, por isso mesmo denominada por Wanderley (1979) de cidadania regulada. Esses direitos foram o elemento político essencial da instauração do Estado Social e das tensões sociais, características do capitalismo industrial, contra as doutrinas do liberalismo, que forçaram a uma progressiva intervenção do Estado nas relações de trabalho. Num primeiro momento, a nova ordem econômica foi um recurso inevitável perante o acirramento dos conflitos de classe que se desenvolviam. Se a ordem econômica clássica acabou por se transformar na ideologia jurídica da liberdade individual e da livre propriedade privada, utilizada em vista da exploração sistemática da grande maioria de trabalhadores por uma minoria, foi essa mesma maioria que, consciente disso, procurou destruir essa ordem. Nesse sentido, Vital Moreira (1973, p.126-127) (*apud* Kollreuter e Farjat), segundo o qual o direito do trabalho alargou-se para além dos limites do direito privado e recebeu formas jurídicas públicas.

No Brasil, os direitos sociais clássicos formularam-se desde a República Velha e, implementados de forma sistemática pelo getulismo, sucessivamente mantidos e ampliados pelas constituições seguintes, inclusive na de 1988. Dessa forma, a cidadania ficou restrita aos trabalhadores inseridos no mercado de trabalho, excluindo da questão social e da esfera de atuação pública amplas parcelas da população, os pobres e indigentes:

“Cidadão, portanto, distingue-se agora dos pobres: questão social dos trabalhadores, ou das classes assalariadas urbanas, para se constituir, a partir de 1930, como uma questão da cidadania; enquanto a questão da pobreza, dos desvalidos e miseráveis – exatamente por não estarem inseridos no mercado de trabalho – continua sendo uma questão social de responsabilidade social da esfera privada, da filantropia.

É portanto via *trabalho* que determinados *problemas sociais* da realidade brasileira transformam-se em *questão social*, e como algo pertinente à esfera pública.” (COHN, 2.000, p.388)

A indistinção entre os direitos sociais clássicos e os universais, como se vê, conduz ao tratamento genérico dos direitos sociais, como promessas

constitucionais ora vagas e abstratas ora remetidas a uma legislação que tem sido elaborada precariamente. Mas não é assim, pois os clássicos, antes mesmo da Constituição de 1934, já haviam adquirido efetividade, como adiante pormenorizamos.

2. Direitos sociais universais – relações de reprodução ou de consumo - do trabalho para a renda

Já os direitos universais estão inseridos basicamente no art. 6º da Constituição de 1988, com a única exceção da previdência social, dirigidos a parcelas da população em determinadas situações sociais, excluídas das relações de trabalho ou com renda insuficiente e, por isso, dependentes de políticas sociais deliberadas por conselhos de direitos, planos, programas e projetos sociais, com efetividade dependente de leis, executadas pela União, Estados e Municípios e dotações orçamentárias. Por isso, simultaneamente à sua instituição, a Constituição de 1988 criou também uma forma inovadora de ação estatal, as políticas públicas, com programas dirigidos não somente aos trabalhadores, mas, sobretudo, aos pobres e carentes (arts. 3º inciso III e 194 da Constituição de 1988), com a participação da sociedade civil (arts. 5º, 7º e 10º da LOAS), em que pesem as tendências neoliberais de sua privatização. Uma concepção que, como vimos, inexistia no Estado Social, em que o próprio dever estatal de assegurar os bens sociais, a que se referem os direitos, era relegado à filantropia e ao assistencialismo; embora o Estado o tenha assumido crescentemente, especialmente após a Constituição de 1946.

Essa qualificação tem por fundamento, entretanto, a mudança de concepção acerca das bases sociais geradoras dos direitos, que se deslocam do conflito entre capital e trabalho para as de reprodução ou de consumo, por meio do Estado produtor de bens e serviços. Por isso “as desigualdades sociais tendem a se manifestar através de outras formas de polarização, que não mais somente a tradicional de classe.” (COHN, 2000, p. 399)

Encontramos, em um estudo de Cohn (2003), uma análise da natureza dos movimentos sociais, que nos dá os fundamentos para a distinção sociojurídica entre os direitos clássicos e os universais, neste sentido. A referida estudiosa analisa as diferenças entre as políticas sociais, que denomina de clássicas e as modernas, com os mesmos fundamentos que ora adaptamos.

Em resumo, diz que, nas políticas clássicas, a inserção social dos indivíduos assentava no trabalho como fator social fundamental e na qualificação da população em classes sociais. Mas, atualmente, face à crise de desemprego, a questão é exatamente a da redução da oferta de empregos como fator de inclusão social e, portanto, de explicação das desigualdades e diferenças sociais. Sem o contraponto do trabalho, as políticas deslocaram-se conceitualmente e passaram a se fundamentar nos diferentes níveis de capacidade econômica das parcelas da população para o acesso a bens sociais. A questão dos distintos graus de inserção social tende então a ser pautada quase que exclusivamente por níveis de renda, apreendidos pela capacidade de os indivíduos, no âmbito da esfera privada, mostrarem-se aptos ou não para a para a provisão de suas necessidades sociais básicas. As diferenças sociais passaram, assim, a ser definidas pela renda compatível com o consumo dos bens que satisfaçam as necessidades básicas. Aqueles grupos que percebem uma renda mensal abaixo de um determinado valor, arbitrariamente fixado, são classificados como pobres. E, a partir daí, em sentido descendente, como miseráveis ou indigentes, constituídos por aqueles que sequer são capazes de garantir, por conta própria, níveis mínimos de sobrevivência alimentar.

Ainda, segundo esse estudo, na América Latina e no Brasil, a partir dos anos 1970, a luta pelos direitos sociais passou a vincular-se à situação de carência (segundo níveis mínimos de renda), como um processo subjetivo e individual, que compreende escolhas entre carências diversas. Acrescentamos que os movimentos sociais, nesse sentido, de fato, organizaram-se na luta por direitos específicos (indigenistas, mulheres, creches, negros, meninos e meninas de rua e outros) ou por direitos sociais urbanos, como associações de

moradores (asfalto, água, esgoto, energia, loteamentos clandestinos), liberdade de organização e manifestação, anistia, eleições diretas e, também, por influência de organizações internacionais, inclusive a ONU, em denúncia de violação de direitos de cidadania. Especificamente com relação aos direitos sociais, as políticas sociais, segundo essa pesquisadora, passaram a discriminar situações por níveis de carência, para instituí-los com fundamento na finalidade ético-constitucional do Estado. Acrescentamos que a discriminação dessas situações é que passou a fundamentar o desenvolvimento do denominado “direito da pobreza”, como expomos adiante. (PARTE II, Cap. II, item 3.5, a)

Nesse sentido, verifica-se, nas sociedades contemporâneas, o acesso ao mercado transformado no fator central de articulação e organização da sociedade, em prejuízo do pacto social de solidariedade, que deu fundamento ao iluminismo e à instituição do Estado nacional, para priorizar os princípios e as regras da esfera privada sobre aqueles inerentes à esfera pública. E, como consequência, abstraído da concepção do direito de cidadania, que passou a ser subsumido pelas relações de consumo e do direito do consumidor. Assim, conclui Cohn, a cidadania deixou de ser um conjunto de direitos formais, mas um modo de incorporação dos indivíduos e grupos ao contexto social.

Essa concepção, criticamente denunciada por Cohn, no entanto, é explícita e positivamente formulada por Touraine (2005), em sua tese central da passagem da sociedade industrial para a pós-industrial, em que considera a exclusão social como uma categoria-chave da sociedade contemporânea e não mais as relações de classes. A exclusão social refletiria mudanças decorrentes da importância crescente da informação, a dissolução dos vínculos de pertencimento a grupos e instituições sociais integradoras, assim como a localização dos conflitos mais na esfera do consumo do que na produção. Assim, a importância das categorias e classes sociais na análise das principais questões da sociedade, teria ficado em segundo plano. Segundo ele:

“(...) não estamos mais em uma pirâmide. É, portanto errado dizer que nossa sociedade se deforma, que se estende ou que, ao contrário, se homogeneiza. Antes de tudo, porque passamos de uma representação da sociedade enquanto sociedade de produção para

uma sociedade enquanto mercado. Passamos da representação daquilo que se poderia chamar de um modo de produção para um modo de mudança (...) Em lugar da pirâmide, nossa sociedade apresenta a seguinte configuração. Há uma massa central, uma *middle class*, que corresponde a uma sociedade industrial e administrativa, secundária ou terciária, com operadores, funcionários públicos, executivos de alto escalão, empregados. É a massa majoritária das pessoas que têm um acesso considerado normal na ordem do consumo (equipamentos domésticos, automóvel etc.) e que dispõem também, mais ou menos nas mesmas condições, de uma segurança bastante forte, de um alto nível de proteção social. Dessa massa, distinguem-se as categorias que não são definidas por uma posição de classe, por um papel na produção, mas por uma posição no mercado” (TOURAINÉ, 1992, p.164-5). (tradução nossa)

Para esse autor, portanto, as questões essenciais das sociedades contemporâneas não estariam mais determinadas pelas relações de produção e de exploração da força de trabalho e, sim, pelas relações de exclusão das relações de mercado, isto é, de acesso ao consumo e renda:

“A vida das sociedades é principalmente constituída de alternâncias entre os problemas de conflitualidade interna e os problemas, ao contrário, de integração e exclusão. O problema hoje não é a exploração, mas a exclusão. Consequentemente, o problema concreto é criar os instrumentos e as formas de ação política que permitam uma integração social, antes que seja tarde demais e que entremos no modelo americano pelo seu pior lado, isto é, a segregação e a guetização” (Touraine, 1991, p.13). (tradução nossa)

Esse deslocamento conceitual também é o pressuposto de José Afonso da Silva, embora parcialmente, ao classificar os direitos sociais, na Constituição de 1988, como do homem “produtivo” e do homem “consumidor”. Tem o mérito, consigne-se, de superar o tradicional conceito genérico e abstrato e apreender a distinção, embora indiretamente, entre os clássicos e os universais, o trabalhador como produtivo e como consumidor; embora sua distinção continue restrita aos trabalhadores; enquanto que os universais, na Constituição de 1988, se referem, ao contrário, às parcelas expulsas do mundo do trabalho. Os primeiros, do homem produtivo, segundo ele, são a liberdade de sindicato, a greve, o direito de determinar as condições de seu trabalho, a cooperação na gestão da empresa e o direito de obter emprego (art. 7º a 11). Os segundos, do homem consumidor, são o direito à saúde, à segurança social, ao desenvolvimento intelectual, o igual acesso das crianças e adultos à

instrução, à formação profissional e cultura e garantia ao desenvolvimento da família (SILVA, 1998, p. 290).

Emparelha-se com a de Ferreira Filho (2007, p. 246), segundo o qual os direitos individuais, que opõem limites ao Estado, são “liberdades-limites” (liberdade pessoal, de comércio, de religião, de propriedade) e também “liberdades-oposição” (imprensa, reunião, manifestação) contra o poder estatal. Concebe o trabalhador como produtor (liberdades-limites) e como consumidor (liberdades-oposição). Para Canotilho (2008, p.12), embora a questão não seja a instituição dos direitos sociais, mas o modo como são protegidos, é o esquema organizatório de sua prestação que tende a transformá-los em serviços essenciais e as pessoas em clientes e consumidoras, em detrimento da cidadania; em troca do puro acesso a bens de consumo de última geração.

Marshall (1967), como vimos, apreende este processo de incorporação dos direitos sociais ao *status* da cidadania, em que o Estado atribui benefícios pecuniários para acesso aos bens de consumo “pela conseqüente criação de um direito universal a uma renda real que não é proporcional ao valor de mercado do reivindicador” (p. 88). Em sua análise sobre a sociedade afluyente que, na Inglaterra, nos anos 1950 e 1960, retraiu o Estado de Bem-Estar Social, constata que “o ponto mais crítico no funcionamento da sociedade se transfere da produção para o consumo” (...) “o consumo se transforma, num deslocamento do epicentro, na principal preocupação imediata daqueles que dirigem o sistema econômico” (p. 203). E arremata: “(...) acredito que o conflito ético entre a diretriz pública e a aquisitividade privada permeia alguns dos mais importantes problemas sociais de nossa época” (p. 208). No mesmo sentido de Marshall, também Amélia Cohn captou a natureza dos direitos universais vinculados “à esfera da garantia do acesso aos bens essenciais de consumo coletivo, independentemente de nível de renda de cada um e, portanto, de sua posição no mercado (...) distinguindo-se o Estado provedor do Estado produtor de bens e serviços ” (2000, p. 396).

Barros (2007, p. 240) também apreende indiretamente a distinção entre os direitos sociais clássicos, que denomina de categoriais e os universais, sob o conceito de genéricos ou de solidariedade. Aduz que “mais recentemente,

vieram os direitos sociais não individuais, nem categoriais, mas genéricos: protegem o gênero humano.”

Dessa forma, tanto a crítica de Cohn, quanto a tese de Touraine, assim como dos estudiosos acima citados, propiciam-nos os fundamentos do conceito dos direitos sociais clássicos, assentes no conflito classista. Por isso, Barros os denomina de categoriais, mas também, propicia-nos os fundamentos do conceito de direitos sociais universais, com base no exame da Constituição de 1988 e da natureza do Estado Democrático de Direito, como produtor de bens e serviços, embora com rudimentos já manifestados nas Constituições anteriores referentes, como vimos, basicamente à educação e à saúde. De fato, assentam no requisito institucional da incapacidade de renda para o consumo dos referidos bens, caracterizada como carência e exclusão social para o acesso aos benefícios e serviços que os assegurem. Pressupõem o modelo integrador dos anos 1980 e da crise do Estado, face à nova pobreza, depois concebida como precariedade do trabalho e depois exclusão social, decorrentes do desemprego.

Constatamos, assim, que não se trata mais, com os direitos universais, do modelo reparador, instituído pelo Estado Social do pós-guerra, face à emergência crescente do proletariado industrial, em que os trabalhadores (ex-escravos e imigrantes) eram considerados como inadaptados às novas exigências técnicas (taylorismo, fordismo) e, por isso, submetidos a cursos de profissionalização (Senai e Senac) e ao assistencialismo privado (Senac e Sesc). Mas, com o desemprego crescente dos anos 1980, o conceito de inadaptação tornou-se inaplicável porque transformou em inativos trabalhadores profissionalmente aptos ou apenas desqualificados para novas tarefas, aos quais o seguro social não dá cobertura, tratando-se, agora, de sua requalificação. Os universais, por isso, visam à integração social não propriamente por meio da adaptação, mas por instituições de ressocialização, com a pretensão de superação dos efeitos da sociedade excludente. Visam remanejar as pessoas para um novo nível de exigências e capacidades (proteção social proativa), por meio de prestações sociais para o emprego (inserção, inclusão). Por isso, os serviços e benefícios que produz não se

administram por órgãos executivos verticais e por categorias profissionais (como nos direitos clássicos, *vg.* Ministério do Trabalho, Justiça do Trabalho, Previdência Social e sindicatos), mas com programas e projetos, referidos a parcelas da população em determinadas situações de renda, seletiva e regionalmente, transversalmente, para coerência entre as regiões, em que os múltiplos fatores de exclusão social podem ser conjugados e revertidos para produzir a inclusão.

Nesse sentido é que a Constituição de 1988 institucionalizou princípios jurídicos implementadores de direitos e valores éticos fundamentais, dando força legal ao controle e à eficácia da constitucionalidade das leis e não mais como meros princípios declaratórios e programáticos tradicionais. No nível específico, portanto, a proteção social desses direitos centra-se, agora, no processo e não mais na substantividade desses direitos. Criam-se instâncias de negociação e deliberação (comitês e comissões bipartites e tripartites de que o SUAS é um exemplo paradigmático), articuladas a uma distribuição de atribuições decisórias, que impõem a elaboração de relatórios, relacionando diagnósticos dos atores sociais e projeções em forma de objetivos comuns (planos, programas e projetos), para vincularem as relações entre os operadores das políticas, denominados de gestores sociais. O marco jurídico, em que se instituem os programas e projetos, não mais institui e prescreve direitos substantivos, porque apenas organiza e controla a produção de normas localizadas (deliberações dos conselhos, por exemplo), resultantes dos debates e consensos organizados pelos protagonistas da ação coletiva.

Vê-se que a instituição dos universais, ao contrário dos clássicos, tem por pressuposto, na concepção político-ideológica dos deputados constituintes, que se consolidou no texto constitucional, o deslocamento do trabalho para a renda, que permite o objetivo ou princípio da universalização, justamente porque dirigido a quaisquer parcelas da população em situação de carência, isto é, sem acesso à satisfação dos bens sociais. Tem assim por pressuposto o deslocamento do enfoque dessas parcelas não como trabalhadoras, mas consumidoras, remetidas ao mercado, desfigurando o *status* da cidadania (MARSHALL, 1967). Mais ainda, permite-nos compreender a ênfase que a

Constituição de 1988 atribui aos valores éticos, na teleologia estatal, em seu pórtico e que, por isso, plasman e condicionam a interpretação de seus Títulos e dispositivos integradores. Nesse sentido, o valor da dignidade e da solidariedade foi, por isso, erigido a princípios constitucionais, impulsionando a natureza universal dos direitos sociais. Desse modo e para isso é que o Estado Democrático de Direito foi, antes de tudo, concebido como um Estado ético, fundamentado, sobretudo, no valor supremo da dignidade, da solidariedade e da igualdade social e da relativização dos valores por meio da equidade; justamente porque são direitos pretensamente não vinculados às classes sociais ou a categorias profissionais, mas aos níveis de renda, uma característica de todos os cidadãos, em sua universalidade (por isso o qualificativo do Estado Democrático de Direito como “ético”, não se confunde, aqui, com a concepção organicista de nação, desenvolvida pelos teóricos do fascismo, cujos valores, todos os agrupamentos devem subordinar-se) (BIAGI, 1934, p. 18).

O valor da solidariedade, no entanto, não tem o condão de, por si só, assegurar às políticas sociais a universalização dos direitos sociais. Embora como políticas de Estado, ao contrário, os governos passaram a assentar o dever da solidariedade na ideologia da assistencialização e a despolitizar a questão social por meio de sua redução aos níveis de renda. A universalização e efetivação dos direitos foram assim substituídas pelo dever moral da solidariedade contra a pobreza e a miséria. Em nome da participação da sociedade civil, assentam nos convênios com o terceiro setor, que atinge as parcelas mais pobres da população (refilantropização), sem possibilitar a ampliação dos direitos, ao esvaziar a ação pública direta e atribuir à família parcela importante dessa responsabilidade.

Por isso, quanto à concepção de Touraine, que torna absoluto o conceito de exclusão social, invalida o de exploração do trabalho e prioriza as relações de mercado e de consumo, em detrimento das contradições de classe inseridas nas relações de produção, parece-nos correta a tese de Cohn, ao denunciar o prevailecimento desta concepção, do trabalho para a renda, como fundamento das políticas sociais; que aqui adotamos para a apreensão da concepção

político-ideológica, que fundamentou a instituição inovadora dos direitos sociais universais no âmago do Estado Democrático de Direito. Isto porque também assegura os direitos clássicos e até mesmo os aprofunda.

Pelo exposto, parece-nos que foram e continuam sendo os direitos clássicos, assentados no trabalho como atividade produtiva, que impulsionaram, de *jure constituendo*, o processo de instituição dos direitos universais; e, por isso mesmo, é que os denominados processos de carência e de exclusão social se configuram como resultado da crise de desemprego, da flexibilização das relações de trabalho, da precarização dos direitos previdenciários, do trabalho informal e da crise sindical. O trabalho continua sendo, portanto, o fundamento do conflito social, mas agora concebido pelo seu inverso, o do acesso aos bens de consumo, que, entretanto, deveria assegurar. Sob esse aspecto, os direitos universais, que na aparência têm, agora, por fato gerador, a crise do consumo, resultam, na verdade, da crise do trabalho e do desemprego e são por esta condicionados. São esses fatores, expostos por Cohn de forma crítica e por Touraine, pelo avesso, que permitem a este último desvinculá-los da análise macrossocial e excluí-los das relações de trabalho e desemprego.

Ainda mais, a crise do trabalho configura-se no âmbito das relações de produção e, portanto, como manifestação dos conflitos gerados pelas relações entre capital e trabalho, agora manifestada e configurada no âmbito das relações de consumo. Sob esse aspecto, também se compreende que os direitos universais tenham sido instituídos na democracia como resultado de sua função em intervir na lógica mercantil, por meio da separação entre a Ordem Social e a Ordem Econômica, como veremos adiante; para assegurar esses bens aos carentes e excluídos, de modo a manter a unidade da sociedade civil e a estabilidade do sistema.

Mas, por isso mesmo, segundo Barros (2007, p.61-63) (*apud* ALVES, 335), não há nisso nenhuma contradição com a ordem jurídica do capitalismo, porque:

“(...) a elaboração de uma Constituição pelos que representam a sociedade não visa **em princípio** defender a classe dominante nem a

dominada, mas as relações estruturais da própria sociedade e, mormente, a estrutura basilar do próprio modo em que se produz e reproduz a vida social. Na proporção em que fuja desse princípio, a constitucionalização corre o risco de gerar normas constitucionais socialmente ineficazes, ou seja, **inefetiváveis**. O que comprova que o Estado não é um ente impassível e indiferente perante a estrutura social, mesmo que venha assumindo cada vez mais aquela função de mediador entre as classes sociais, que nunca lhe foi negada, a não ser por ortodoxos radicais.

(...)

Algo parecido é o que sucede quando o Estado assume a posição de **unidade nacional superior** que “dispõe suas forças e meios para a manutenção e defesa da reprodução das relações capitalistas de produção, defendendo ambos os polos do processo produtivo, precisamente para resguardar a existência daquelas relações.” (132) Para aprimorar esse equilíbrio é que a Constituição deve compor os fatores reais que atuam sobre a sociedade política a partir da sociedade civil. Essa atuação serve de via para reivindicações reiteradas ao Estado em decorrência da insatisfação de direitos individuais e coletivos.” (grifos do autor)

Por outro lado, o deslocamento conceitual do trabalho para a renda e consumo tende a assentar na conceituação dos pobres e excluídos como uma subclasse, para lhes recusar o pleno acesso aos bens de consumo, mas apenas aos denominados mínimos sociais. A respeito, referindo-se à tese de Christopher Jencks (in *Rethinking Social Policy*), em que critica esse conceito, diz Schwartzman (2004, p.83):

“há uma tendência perigosa, entre os conservadores, de olhar para os pobres como se pertencessem a uma cultura singular, definida geralmente em termos negativos e, a partir dessa perspectiva, tratar todos seus supostos membros com preconceito e discriminação, abertos ou dissimulados.”

Em função desses fundamentos, parece-nos então cabível aprofundá-los com os conceitos de relações de produção e relações de reprodução, a que se conectam, nesse sentido, os direitos sociais e os universais, respectivamente; embora com os devidos cuidados, no que se refere a reduzi-los a uma relação linear. Com essas restrições, entretanto, os clássicos instauraram-se em decorrência direta das relações de produção, visto fundamentados nas relações de trabalho formal. Por isso, são direitos diretamente vinculados ao dispêndio da força de trabalho e das condições de seu consumo produtivo, assim como às hipóteses de incapacidade laboral temporária ou definitiva (previdência social) e à luta pela sua melhoria (sindicatos).

Porém, a formulação dos direitos universais é assim concebida desvinculada dessas condições e arrancada diretamente das condições de consumo de bens materiais ou imateriais, embora essenciais para o trabalho (moradia, segurança, saúde, alimentação, profissionalização, assistência social, lazer e cultura) e, por isso, vinculados diretamente às relações de reprodução da força de trabalho. E estas determinam, materialmente, sua incidência universal, porque justamente apreendem a todos os cidadãos independentemente de estar ou não excluídos das relações de trabalho; visto que todos a eles devem ter acesso; assim como os excluídos, para que nelas se incluam. Esses direitos, por isso, não se formulam por políticas de inclusão diretamente no trabalho, mas nas relações de consumo, quando sua renda não permite o respectivo acesso, embora significativamente visem, em seguida, à ressocialização; que tem nas relações de trabalho, em suas inúmeras formas de organização, um alvo prioritário.

Nem por isso é que as políticas sociais tendem a adquirir a natureza de programas de transferência de renda, como é o exemplo paradigmático do Bolsa Família e da Renda Mínima. E isso, coaduna-se com o sistema, porque não reduz apenas a desigualdade social como também mobiliza o trabalho e, portanto, cria riqueza. Esse deslocamento conecta-se, assim, com a separação, na Constituição de 1988, da Ordem Social com a Ordem Econômica, superando o economicismo da Constituição de 1934 e seguintes. Porém, a natureza da universalidade dos direitos sociais, segundo a qual todas as parcelas da população a eles têm acesso em determinadas condições de renda, expressa, contraditoriamente, o caráter restritivo das políticas sociais respectivas e sua tendência à individualização e à focalização. Nesse sentido Behring (1998, p.187), (apud GRASSI et al): “a estratégia da focalização é correlata à individualização da força de trabalho e da possibilidade estrutural da exclusão de uma parte dela no mercado de trabalho; diga-se, da forma legítima de acessar os recursos. Do mesmo modo que a estratégia do “desenvolvimento de comunidade” foi coerente no contexto desenvolvimentista (1994, p.19).” Para tais parcelas da população “há um *novo cenário para a política social*, que cria novas condições para a luta social, onde: “nem

consumo coletivo, nem direitos sociais, apenas assistência focalizada para aqueles “com menor capacidade de pressão.” (1994, p.21)

Sob essa vinculação, os universais tornam-se flexíveis, visto que admitem uma grande pluralidade de instrumentos governamentais para sua implementação, conforme suas políticas e sua casuística. Embora as políticas sociais, por força de sua natureza constitucional, constituam-se em políticas de Estado, sua implementação, entretanto, face à sua flexibilidade, depende, na verdade, das políticas dos governos e da variação de seu grau de efetividade, como veremos. Decorre daí, ainda, que tal natureza é que propicia sua descentralização territorial e inclusive a distribuição de sua competência pelos Estados e municípios, sob o princípio de sua relativa autonomia. Ora, isso contrasta com a rigidez federal e vertical dos direitos clássicos não descentralizados e apenas desconcentrados, porque estritamente vinculados à competência da União e órgãos específicos, como vimos, o que lhes assegura a relativa efetividade; enquanto que os universais são descentralizados, flexíveis e horizontalizados, abrangendo parcelas da população segundo diferenças territoriais e índices regionais de desenvolvimento social, por prioridades setoriais.

Dessa distinção decorre outra: os direitos clássicos assentam no princípio da isonomia e equiparação entre os trabalhadores, segundo a regra de trabalho igual, salário igual; enquanto os universais, ao contrário, buscam a igualdade pelo tratamento desigual dos desiguais.

Finalmente, cabe ainda observar que os clássicos emergem de uma estrutura de relações que impulsiona os trabalhadores para a organização coletiva (sindicatos, negociação coletiva e greve). Porém, a globalização promoveu a descoletivização das relações de trabalho e intensificou o isolamento dos trabalhadores. Embora sem alterar a rigidez de tal situação, entretanto, transferiu a titularidade dos direitos das classes e categorias profissionais para o trabalhador, porém considerado individualmente, do ponto de vista da institucionalidade do direito de sua aquisição. Este perdeu o direito de estabilidade e a referência às condições objetivas clássicas, instituídas tradicionalmente pelos sindicatos, por meio de convenções e acordos coletivos

de trabalho, para a categoria profissional que representam e que servia de referência durante sua vida profissional e na qual se aposentava (como metalúrgico, químico, eletricitário, comerciário, etc.). Delas foi expulso e inserido definitivamente nas relações de mercado, passou a circular por várias e diferentes empresas, de distintas categorias profissionais (que o jargão sindicalista passou a denominar de “rodar” desde a instituição do FGTS), apenas por curtos e sucessivos períodos.

É certo que, atualmente, parece se desenvolver um processo de recoletivização dos trabalhadores em rede, mas com a garantia desses direitos apenas individualmente, segundo os dados pessoais e não mais como integrantes de classes e categorias profissionais, titulares de direitos coletivos. De tal forma que até mesmo o referido isolamento implementa-se, nesse caso, independentemente de sua condição estrita e subjetiva, mas segundo a multiplicidade dos vínculos e situações de trabalho, pelas quais passam, na condição de titulares meramente autônomos desses direitos.

3. A universalidade como princípio geral dos direitos humanos

Vimos (PARTE I Capítulos I e II) que a conceituação da instituição e promoção dos direitos sociais têm por pressuposto, inicialmente, sua inserção no processo histórico de desenvolvimento da cidadania, sob o princípio da universalidade, desenvolvido pelo liberalismo. Nessa concepção, em primeiro lugar, todas as pessoas, independentemente de suas condições pessoais e sociais, em sua individualidade, detêm um complexo de direitos e deveres que as definem como cidadãos, sob o regime da igualdade formal. Assim, a exigência da universalidade dos direitos humanos (e, dentre eles, os direitos sociais) implica na abstração das distintas inserções dos indivíduos em suas desigualdades sociais.

Porém, ao contrário, consideramos que é justamente essa distinção que promove o conceito de universalidade, no sentido da compensação dessas diferenças em direção da igualdade real, visto que os direitos sociais têm por

pressuposto o tratamento desigual entre desiguais. De fato, segundo Lucien Goldman (1968), o desenvolvimento da sociedade de mercado, especialmente a partir do século XVIII, promoveu a transformação progressiva do pensamento ocidental, que se manifestou, basicamente, no racionalismo e no empirismo. Essas duas concepções apresentam um fundamento comum: o de considerar a consciência individual como a origem absoluta do conhecimento e da ação. O indivíduo foi assim concebido como fonte autônoma de suas decisões e de seus atos, em que o reconhecimento do discernimento individual se torna a instância suprema, que não deve se submeter a nenhuma autoridade superior. Essa concepção tornou-se fundamental para a sociedade capitalista, cujas relações sociais estruturais suscitam, nas relações jurídico-políticas, a formalização do reconhecimento da autonomia individual e do regime contratual, sobretudo da força de trabalho e da propriedade privada. Os vínculos sociais, em todas as instâncias das relações mais importantes dos cidadãos, na sociedade civil, passaram a ser regidos, predominantemente, por relações contratuais, patrimoniais e de compromisso, no trabalho, na família e na vida civil em geral. Todo ato contratual supõe um acordo de vontades autônomas, que cria um compromisso recíproco, somente alterável por outro acordo ou mediante a comprovação de que a vontade de uma das partes não era livre. A própria sociedade passa a ser concebida como produto de um contrato entre um grande número de indivíduos autônomos, agrupados em comunidades, em que o princípio da liberdade e da igualdade é um pressuposto. O próprio Estado passa a ser concebido como resultado de um pacto social (Hobbes, Locke, Grotius, Diderot e, naturalmente, Rousseau), que deve garantir a liberdade e a autonomia individual e o pleno acesso de todos, na condição de cidadãos, aos bens sociais, segundo seus méritos pessoais e de iniciativa própria.

Ora, o princípio da relação contratual implica, intrinsecamente, na condição absoluta da igualdade abstrata entre as partes, em relações paritárias (CERRONI, 1976, p.229). Sejam quais forem suas diferenças econômicas e sociais, o ato contratual ou compromissário deve abstrai-las. A igualdade formal, entre os contratantes reais, constitui a condição primeira da

possibilidade do contrato; uma contradição com a igualdade real, que, nos finais do século XIX, Marx denunciaria na crítica da democracia formal, com relação à compra e à venda da força de trabalho, de que resultaria a denominada legislação fabril.

Sob o predomínio do processo de parificação social é que se desenvolve a ideia da universalidade, por meio da crescente abstração das qualidades pessoais e sociais das partes, a fim de não interferir na contratação e na reciprocidade de direitos e deveres. À medida que a economia de mercado se desenvolve, a conduta das partes tende a fixar-se segundo uma regra, que independe das qualificações sociais e pessoais. Estas vão aos poucos sendo remetidas para o âmbito da privacidade (sexo, idade, domicílio, religião e outras). As relações contratuais passam a plasmar as relações privadas em geral, no casamento, no trabalho e até na vida pública, sob a forma de compromissos e convênios. As categorias de universalidade e da impessoalidade convertem-se, assim, no resultado das relações sociais.

O princípio da universalidade assenta, intrinsecamente, portanto, no processo de abstração das desigualdades econômicas e diferenças sociais, uma condição fundamental para o desenvolvimento da cidadania. Somente sob tal condição é que a demanda social por liberdade, igualdade e universalidade dos direitos tornou-se o fundamento da nova ordem social, em contraste com o antigo regime estatutário feudal ou colonial-mercantilista, no caso brasileiro.

Nessas condições, a universalidade instituiu-se como requisito da própria natureza dos direitos humanos, inicialmente concebida no âmbito do jusnaturalismo, sob a concepção do homem abstrato. Em tal concepção, não seriam humanos se não fossem universais. O próprio processo de sua formação tinha nela uma expressão natural. Depois, assentou na concepção do homem como cidadão, enquanto ser social e político, em que o direito da cidadania passou a se fundamentar no valor da dignidade, mas sob a mesma condição de abstração das desigualdades e diferenças sociais. Posteriormente, a instituição dos direitos sociais promoveu sua inclusão a par dos direitos civis e políticos, sem contradição. Ao contrário, a concepção de sua unidade é que passou a expressar o valor da democracia, não somente política como social.

Porém, a questão social revelou que os direitos do indivíduo, sem garantias sociais, não se realizavam, porque uma grande parcela da população ficou à margem das decisões políticas e sociais, rompendo o pacto social. De fato, a liberdade, a dignidade e a justiça se tornaram fundamentos dos direitos sociais, justamente para lhes assegurar a universalidade. Assim, a par desta, os direitos civis e políticos também se regeram pelo princípio da indivisibilidade com os direitos sociais, porque cumulativos e complementares. Em outros termos significa dizer que o princípio da igualdade formal, que é subjacente àqueles direitos, implicou, necessariamente na instituição da igualdade real, segundo a qual os indivíduos passaram a ser tratados diferenciadamente, conforme suas desigualdades sociais, justamente para a efetividade do próprio direito à cidadania.

Por isso, é simplista e incompleta a concepção formalista da universalidade, que apenas estabelece conexões entre a origem igualitária da ideia de direitos humanos e a crise da sociedade estamentária medieval; porque condiciona a instituição dos direitos humanos como advindos de certo desenvolvimento da sociedade moderna, cujo processo consistiu justamente na abstração dos contextos sociais, econômicos e culturais, como se a instituição dos direitos se desse fora de suas determinações. Também a teoria do direito natural, em que a universalidade assenta, por isso mesmo, na concepção abstrata e metafísica do ser humano, tendo por força cogente, unicamente, princípios morais e éticos, que estariam latentes nas cartas constitucionais. Finalmente, o positivismo jurídico, que, ao contrário, condiciona-os à emergência do contrato ou pacto social, isto é, à sua prévia formalização normativa.

Os estudos sobre o processo de universalização dos direitos humanos, ao examinarem as instituições jurídicas e políticas, internacionais e nacionais, consideram que resultam de um processo histórico, concebido, em geral, por dimensões cumulativas, a que nos referimos na PARTE I. Esse processo teria correspondido, de alguma forma, ao desenvolvimento progressivo do lema “liberdade, igualdade e fraternidade”, que orientou os revolucionários franceses.

Ora, o formalismo jurídico consiste em instituir os direitos abstraídos das lutas sociais que estão na sua origem, uma abstração que produz sua separação histórica. Tanto o formalismo quanto o positivismo postulam mesmo a crença de que existem mecanismos internos aos ordenamentos jurídicos e completamente autonomizados das práticas sociais, que permitem satisfazer as demandas de certeza e de rigor interpretativo. Nessa concepção, portanto, a declaração de um direito emerge de um marco jurídico previamente instituído, que tende a impor socialmente um conjunto de mecanismos axiológicos e de divisão do trabalho, a partir dos quais se concretiza e se legitima a forma hegemônica, segundo a qual os indivíduos e os grupos sociais, em uma dada formação social, acessariam aos bens necessários à satisfação de suas necessidades. Mas, ao contrário, segundo Flores (PRONER, 2011, p. 21), quando falamos de direitos sociais, referimo-nos a formas de acesso a bens que estão condicionadas pelos contextos sociais (sistemas de valores e sistemas de posição com respeito a bens) dos quais e para os quais surgem. A instituição dos direitos dá-se, sempre, sob tal condicionamento, pois não são categorias normativas previamente produzidas em um mundo ideal, a ser posto em prática pela ação social. Elas se criam e recriam na medida em que as pessoas atuam no processo de construção social da realidade (p. 134). Por isso, os direitos não são neutros e nem estão divorciados de um marco de referência material concreto (p. 21). O que existe é o condicionamento da luta jurídica pelo marco axiológico e de divisão do trabalho que subjaz a todo o ordenamento jurídico.

A concepção formalista, portanto, produz uma definição abstrata dos direitos humanos, da dignidade e dos valores a eles vinculados, com a pretensão de neutralidade axiológica (PRONER, 2011, p. 14 e 67). Mas tal discurso oculta interesses hegemônicos de justificação e manutenção de um sistema de relações sociais, políticas, econômicas, culturais e ideológicas de subordinação, próprio do pensamento moderno, exclusivamente fundado na racionalidade lógico-instrumental; cujo abstracionismo invisibiliza as desigualdades e diferenças sociais, com a finalidade expressa ou tácita de reproduzir a subordinação (p. 68) e ocultar suas causas reais, porque a cultura

ocidental entende por racionalidade humana unicamente aquilo que coincida com tal formulação, ideológica e pragmaticamente separada dos contextos sociais. O universalismo, quando baseado no abstracionismo, consiste, portanto, em um modo de conceber os direitos que crê e, portanto, impõe uma instância, um procedimento ou uma verdade que daria fundamento universal a toda prática social e individual (p. 122). Dessa forma, como mera abstração individualista, torna universal apenas o mercado, sob a lógica do direito de propriedade; que, na realidade, os contradiz e suspende. As consequências políticas disso são conhecidas: ficam relegados a uma institucionalidade meramente formal, em que os direitos se transformam em elemento meramente retórico de legitimação de novas formas de poder e legitimação (p. 166-167).

Mas, alega Flores, é possível uma racionalidade distinta da que foi imposta pelo sistema hegemônico (p. 76). Para negarmos a racionalidade universal, contrapomos uma racionalidade que não recuse uma síntese universal das desigualdades e diferenças sociais. Para tal, o princípio da universalidade não deve ser eleito *a priori*, como ponto de partida. Este, ao contrário, deve ser o campo das diferenças e o universal o ponto de chegada, conduzido previamente pelo processamento dos conflitos. Um princípio não anteposto, que não se enquiste na confrontação com o particular, dificulte a convivência e iniba as diferenças. Trata-se, nesse caso, de lhe contrapor uma reflexão contextualizada dos direitos (p. 121), porque estes não podem ser tratados teoricamente do ponto de vista essencialista ou formalista. Se resultam de um processo de reconhecimento e garantia de expectativas sociais, em função de uma determinada configuração do poder, não podem ser compreendidos à margem dos aparatos hegemônicos de que surgem. Se entendidos em uma perspectiva abstrata, podem se prestar à legitimação desses aparatos, de modo que a universalidade, dessa forma, consistirá sempre em absolutizar uma determinada concepção histórica dos direitos, o que obstrui as potencialidades próprias da ação política. Mas, se relacionados às práticas sociais que lhes dão forma (movimentos sociais e associações, por exemplo), podem se converter em processos que permitem aos subordinados,

desiguais e oprimidos, abrir espaços para a luta pela dignidade (p. 106). Assim, a universalização dos direitos deve garantir o resultado das lutas sociais, criar novas formas de garanti-los e ajustar a realidade em função dos interesses gerais, no esforço por uma vida digna (p. 117). A concepção essencialista ou formalista dos direitos configura-se, portanto, como uma estratégia política para subtraí-los de sua capacidade e possibilidade de se transformarem e transformarem o mundo a partir de uma posição não hegemônica. Só por essa via se pode chegar a uma outra concepção de universalidade que, por isso, Flores denomina “de chegada,” iniciada pela consideração dos contrastes sociais; e não, *a priori*, de um universalismo “de partida”, tendo como base o conceito de essência humana ou assentado na prévia normatividade estatal ou mesmo internacional. Trata-se de não abstrair a pluralidade cultural e as diferenças, para universalizá-las, embora também sem as reduzir ao relativismo estrito. A universalidade resulta, portanto, de um processo a ser conquistado segundo os pluralismos sociais e não daquele que tem por ponto de partida a essência humana. (p. 143) Uma universalidade de garantias, que tem no conflito de ideias a base de uma concepção intercultural, de respeito à pluralidade sem, no entanto, perder de vista a pessoa como valor fundamental universal; que se baseia na inter-relação e não na sobreposição de culturas próprias do etnocentrismo. Significa universalizar direitos sem ocultar as diferenças, as quais, ao contrário, devem ser tomadas como ponto de partida (p. 144), por uma perspectiva integradora, em que o universal dos direitos não é a sua forma própria, do modo de relação social baseada no capital; e sim a ideia da dignidade humana, ou seja, as condições de uma vida digna ou condições de acesso aos bens necessários para tal. A universalização da dignidade define-se, então, pelas formas plurais e diferenciadas de lutas para conseguir tais condições. (p. 125) Somente a luta pela dignidade, assim, é uma constante universal, o demais é contingente, por meio de articulações que, na era globalizada, situam no centro da cena, sempre, a dimensão capital da política. (p. 183) Por isso, diz Flores, em suas Premissas de uma Teoria Crítica Del Derecho (p. 14):

“Lo que hace universales a los derechos no radica, pues, en la adaptación de una ideología determinada que los coloque como ideales más allá de los contextos sociales, económicos e culturales, sino el ser esse marco que permita a todos ir creando las condiciones que hagan factibles sus particulares concepciones de la dignidad.”

Somente dessa forma, a universalidade pode se tornar uma imanência dos direitos fundamentais, com seu fato gerador vinculado essencialmente ao desenvolvimento do direito à dignidade; vindo ela a se tornar um significado inerente da pessoa, expressamente contido na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948. Manifesta-se em dimensões cumulativas nas quais, segundo Bonavides (2009, p.563), seu significado adquiriu um novo sentido, “a universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século XVIII”. Em síntese, diz esse estudioso (2009, p. 584/585) que o direito está hoje nas Constituições como esteve ontem nos códigos. Antigamente, a legitimidade cabia toda na lei e nos códigos porque não se desmembrava da legalidade. Era o princípio legal (racionalismo) que amparava e regia todas as ramificações do poder. Porém, agora governa a Constituição, com a legitimidade sobreposta à lei, com base na axiologia da justiça, com grau normativo superior ao da legalidade. Antes, era a lógica da razão com a regra, a lei, o código; agora o humanismo das ideias, com o valor, o princípio, a Constituição e a justiça a escreverem a evolução do direito, com olhos voltados para o social, onde se insere a vida; como fundamento da dimensão da solidariedade e, sobretudo, do conceito de democracia social como participação da população, para além dos limites da democracia política. Desse ponto de vista, o respeito aos processos democráticos, geradores dos direitos humanos, passou a ser o critério aferidor da legitimidade de quaisquer poderes sociais, políticos e individuais. A crise desses direitos passou a ser qualificada como crise do exercício do próprio poder em qualquer sociedade democraticamente organizada. A universalidade, por isso, fundamenta-se nas premissas da igualdade e valoração dignitária de todas as pessoas, sem discriminação. Significa o reconhecimento de que todas são titulares de direitos fundamentais e comuns, mas, igualmente, a garantia de proteção dos direitos

humanos, sem desconsideração das diversidades econômicas, sociais e culturais da população.

O movimento pelos direitos humanos impulsionou, inicialmente, a instituição dos direitos civis e políticos (subjctivamente) e também os direitos sociais (acesso a bens), em um processo indivisível de formação de um conjunto de valores essenciais para a manutenção da dignidade, da liberdade e do bem-estar. Por isso, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a respeito, já reconhecia que (art. 6º § 2º) : “Todos os direitos humanos e todas as liberdades fundamentais são indivisíveis e interdependentes; a realização, a promoção e a proteção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais devem se beneficiar de uma tensão igual e encaradas com uma urgência igual.”

Mas, a universalidade não se restringe às fronteiras nacionais. Segundo Flores, ao dogma economicista, contrapõe-se agora a globalização das ideias de justiça e de solidariedade, porém a partir dos “de baixo”; porque a globalização nada mais é do que o correlato político contemporâneo da transnacionalização econômica capitalista (PRONER, 2011, p. 62). Mas, para esse estudioso, o Estado-nação perdeu seu papel regulador e, sobretudo, garantidor das liberdades públicas e das conquistas sociais, para deixar em seu lugar um mecanismo global de poder difuso e descentralizado, um contexto em que os direitos humanos não têm vez (p. 115). Mbaya (1997), porém, relaciona-a com a instituição das democracias sociais e estas como direito e condição do desenvolvimento da paz social. Em primeiro lugar, nas diferenças econômicas, políticas e sociais entre os Estados nacionais. Os direitos humanos resultaram da vitória das forças políticas, que atuavam entre as exigências da vida pública e dos interesses coletivos, das formulações do direito natural e dos interesses privados. Foi esse fundamento originário dos pensadores políticos do século XVII e XVIII, que permitiu a redação mais clara das declarações de direitos na Inglaterra, França e EUA, face às adequações entre as necessidades que a ordem liberal impunha e a velha ordem absolutista. Assentavam, então, basicamente, nas ideias de liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão, fundadoras do Estado

constitucional e da cidadania. Embora ainda no âmbito dos direitos individuais, já suscitavam sua natureza universal. Já então se impunha a esses pensadores, o problema da universalidade, face às diversidades de ordem histórica, política, econômica, social e cultural que os Estados nacionais apresentavam, em seus ordenamentos jurídicos internos. A concepção abstrata da cidadania e dos direitos civis e políticos debatia-se, então, com essas diversidades e suas diferentes modalidades de realização. Face a elas, a questão que se colocava era acerca da possibilidade de se fundamentar uma concepção universal desses direitos, vinculada à superação das diferenças entre os Estados nacionais, seus distintos regimes jurídicos internos e sua soberania.

Assim, o próprio processo de universalização, por sua natureza, suscitava a internacionalização dos direitos humanos, porém, sob a égide de sua formulação abstracionista. Mas, por ser inerente à natureza dos direitos individuais, impulsionou a ultrapassagem de seu caráter liberal (individualismo, propriedade privada e livre consumo da força de trabalho). Atualmente, os tratados internacionais reconhecem-no, apesar das diversidades entre os Estados, mas agora com a ponderação de sua instituição segundo suas culturas próprias e concepções políticas. Com a criação da ONU, os princípios de sua Carta e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, abandonou-se a ideia da exclusividade para se reconhecer expressamente o princípio da universalidade e da inclusividade. Porém suas normas, embora formuladas segundo a tendência crescente da comunidade internacional à imperatividade, não detinham força cogente que assegurasse sua eficácia, por meio da imposição de uma obrigação. Eram e, em parte, continuam sendo, direitos formulados abstratamente, de natureza meramente programática. Além disso, não previam os direitos modernamente denominados de coletivos.

Desenvolveu-se, também, com a descolonização, o conflito entre os povos oprimidos, desfavorecidos, vítimas de arbitrariedade, discriminação e exploração econômica, contra os sistemas nacionais e internacionais de opressão, a reivindicação de relações baseadas no respeito aos direitos humanos. Esses conflitos conduziram ao aperfeiçoamento progressivo das

normas da ONU, sua clareza e precisão, seja nos direitos, seja nas obrigações dos Estados-membros, por meio do estabelecimento de mecanismos de controle de sua execução interna e da instituição de procedimentos e órgãos internacionais, que permitiram reagir crescentemente contra violações; de que resultaram convenções internacionais, como a dos Direitos Civis e Políticos e a dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambas de 1966, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, a Convenção Americana dos Direitos Humanos e a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

No Brasil, a universalidade foi instituída expressamente pelo Estado Democrático de Direito no inciso I do § único do art. 194 da Constituição de 1988, no âmbito da Ordem Social e arts. 196 (saúde), 203 (assistência social), 205, 208 e 214 (educação), 215 (cultura), 217 (desporto e lazer), 225 (meio ambiente) e 227 (crianças e adolescentes). Assim, foi somente na última década do século XX que o princípio da universalidade dos direitos sociais se formulou de modo mais preciso e jurídico, sob a crítica, no entanto, de sua concepção abstracionista.

3.1 A universalidade dos direitos sociais – proteção integral e ideologia

A Constituição de 1824 impôs sérias restrições à universalidade dos direitos individuais. Além da proibição do direito de voto às mulheres, aos analfabetos e aos soldados de pré, restringia-o também aos homens com renda líquida inferior a cem mil réis (art. 92 inciso V); assim como o acesso ao cargo de senador apenas aos que, além de outros requisitos, dispusessem de renda anual equivalente a oitocentos mil réis; e deputados, desde que católicos, com renda de quatrocentos mil réis. Ponderamos (PARTE I), no entanto, que o sufrágio censitário, por meio da restrição econômica ao direito de voto e de eleição, não configurava nenhuma deformação tupiniquim, porque correspondia, embora sob determinações específicas brasileiras, ao desenvolvimento histórico do liberalismo, na época. De fato, a própria

Declaração Francesa de 1789, em decorrência da sagração do direito de propriedade, também havia condicionado as leis ordinárias à divisão dos cidadãos em dois tipos, ativos e passivos, em razão de sua capacidade tributária, com base no imposto sobre a propriedade privada; em consequência, somente os que pagavam tributos tinham direito de voto (DIAZ, 1972, p.31). Maurice Duverger o reconhece expressamente (*apud* Barros, 2007:191), embora negue que fosse censitário, mas restrito aos contribuintes. Também a Constituição dos EUA de 1787 era inicialmente restritiva, como vimos, ao excluir os escravos desses direitos no seu art. IV Seção 2, item 3. Segundo Ribeiro (1987, p.25), no começo do século XX, a lei belga dava ao alfabetizado direito a um voto, ao diplomado no secundário dois e ao de nível universitário três sufrágios; e na Rússia soviética dos anos 20, um operário valia, em termos eleitorais, 27 camponeses.

A universalização dos direitos civis e políticos decorreu, portanto, de um processo pelo qual essas restrições se revogaram paulatinamente e resultaram, afinal, no texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, assinada pela ONU. Porém, a terceira e quarta dimensão dos direitos impulsionaram a concepção dos direitos sociais para além da estrita relação de trabalho, especialmente no contexto do desemprego e da globalização econômica e passaram a ter por pressuposto as situações de risco e vulnerabilidade social, com vistas à garantia dos mínimos sociais. No art. 6º da Constituição, constatamos que, a par dos direitos clássicos, outros foram instituídos, originariamente, com vocação universal. Todas as pessoas, sob o impulso valorativo da dignidade, igualdade e da solidariedade, independentemente de integrar ou não categorias profissionais, passaram a ser titulares de direitos subjetivos decorrentes, sempre que a eles não tenham acesso privadamente. É nesse sentido, também, o conceito da universalidade, para além da setorialização dos direitos clássicos, porque não conceituados nesses limites, mas como expressão do interesse da própria sociedade, na confluência dos interesses comuns. Não podem ser concebidos nos limites acima expostos, abstraídos da dimensão de seu reconhecimento no âmbito dos direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos, sob o ideal da fraternidade

e da solidariedade social; e, portanto, da garantia dos procedimentos éticos e democráticos, da efetiva participação da população nas deliberações públicas, da transparência das decisões de interesse social e do pluralismo político.

A universalização, como processo de efetivação da universalidade, assentou, pois, em duas dimensões: de um lado, a abrangência de todas as parcelas da população sem acesso aos mínimos sociais; de outro, em relação a cada cidadão, a garantia da proteção integral ou geral. Mas, como vimos, os direitos universais, em sua singularidade, são irrecusáveis a qualquer cidadão que os requeira, independentemente de quaisquer requisitos restritivos (saúde, educação e outros), já os clássicos têm sua universalidade restringida às relações de trabalho. Sob essa distinção, o conceito de universalidade refoge, portanto, de seu âmbito singular (visto que nem todos os direitos sociais são universais em sua singularidade) para assentar na concepção da proteção integral de todos os cidadãos, com todos os direitos assegurados como patrimônio jurídico e exigência de um determinado nível civilizatório, que o legislador constituinte entendeu como mínimo social de que deve desfrutar. Por isso, o conceito de universalidade somente adquire concretude pelo princípio da proteção integral dos direitos. Não se trata, portanto, de generalizar a singularidade dos direitos, abstratamente, mas de assegurar o acesso individual ao seu conjunto, integralmente, aos que deles não desfrutam, no todo ou em parte, porém em decorrência de determinadas situações de desigualdade social. A universalidade deve ser concebida, pois, sob a perspectiva dos cidadãos, de seu direito de acesso, conforme seus requisitos institucionais específicos e não sob a ótica de sua institucionalidade abstrata. Universal é a proteção integral, isto é, a garantia de todos os direitos a todos os cidadãos, segundo os requisitos específicos de cada um.

Mais ainda, como a proteção integral resulta da manifestação do princípio da universalidade em que se integra e em cujo contexto histórico deve ser apreendida, evidencia-se, também sob esse aspecto, que tem por pressuposto a garantia dos direitos individuais civis e políticos, sem os quais são inacessíveis. Assim, por exemplo, mesmo que um cidadão sequer disponha de identidade formal (um direito individual civil da personalidade)

decorre do princípio da proteção integral que, apesar disso, determinado direito social não lhe possa ser recusado; e, simultaneamente, lhes sejam assegurados os direitos da personalidade. (art. 1º, 2º e 11 C. Civil)

Finalmente, é relevante notar que, conforme alguns estudiosos, pode-se distinguir a expressão ideológica da universalidade dos direitos sociais, que decorre do processo de generalização dos valores do modo de produção; de sua expressão como práxis social, que corresponde à efetividade desses direitos, como uma forma de consciência coletiva da população, embora imediata, em uma determinada situação histórica.

3.2. Os valores da dignidade, do trabalho e da solidariedade

A universalização dos direitos sociais, no texto constitucional, assenta, por isso, na assunção de três valores fundamentais para o Estado Democrático de Direito, segundo a Constituição: o princípio da dignidade (art. 1º inciso III), o primado do valor do trabalho, como direito e dever da vida em sociedade (arts. 170 e 193) e o valor da solidariedade. (inciso I e IV do art. 3º)

Esses valores, porque erigidos entre os princípios fundamentais constitucionais (incisos III e IV do art. 1º), ordenam seu significado (Título II), não apenas como diretrizes da ação estatal, mas com a natureza de normas de aplicabilidade imediata, nos termos do § 1º do art. 5º, segundo qual: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Ora, a assunção desses valores, como fundamento da ação do Poder Público, decorre da concepção democrática do Estado, com relação às suas atribuições e encargos, distinta da concepção do Estado Social, em que tais atribuições e encargos eram meramente residuais, porque não impulsionados pela efetividade dos fundamentos ético-constitucionais; sediados na sociedade civil, considerada sua fonte originária, de acordo com os seus interesses e ideologia. Agora, com sua elevação ao *status* constitucional, passaram a ser integrados aos fundamentos das ações do Poder Público (art. 194), embora

também invocados como fundamentos das campanhas de solidariedade da sociedade civil.

Em resultado, absorvidos da sociedade civil pelo Estado, tornaram-se, portanto, os fundamentos éticos pelos quais a Constituição declara, no art. 1º, que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República; e, no art. 3º, como um de seus objetivos, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Leis n. 7.716/89, 8.081/90 e 9.459/97).

Entre os valores da ética constitucional, a dignidade é o primeiro, porque não admite restrições ou relativizações. Manifesta-se, segundo Bonavides, (2010, p. 53), como valor supremo político e social. E, segundo Torres, citando Starlet e Barzotto (2006), como fundamento do Estado Democrático, que existe em função da pessoa e não mais do indivíduo, em sua condição patrimonial e contratual, como era no Estado Social.

Parece-nos, assim, configurar-se um processo de politização do valor da dignidade, um bem que integra o patrimônio moral e político da pessoa, por isso definido no âmbito dos valores da personalidade, mas agora implicado com os valores da vida material, erigidos nos fundamentos da Ordem Social (Título VIII), em seu conjunto. É, por isso, um valor supremo, impossível de ser definido em si mesmo, mas somente como um complexo de valores específicos e concretamente formulados, assegurados ao longo do texto constitucional, dentre eles, basicamente, os que fundamentam os direitos individuais (art. 5º e 14), sociais (art. 6º a 11), econômicos (art. 170) e culturais (art. 215). É o fundamento axiológico complexo dos direitos humanos fundamentais, que atrai o conteúdo dos demais valores, porque os Estados, fundados no constitucionalismo axiológico, passaram a postular a pessoa, embora formalmente, como centro de sua irradiação normativa e não o indivíduo egoísta, em sua condição patrimonial e contratual. Por isso, os direitos fundamentais compreendem dois valores: a pessoa e a dignidade. Todo ser humano é pessoa, isto é, fonte e imputação dos valores ético-constitucionais,

assim superada a concepção positivista; mas igualmente, por isso mesmo, deve reconhecê-los nos outros, como reciprocidade imanente à ordem jurídica.

A dignidade é instituída como valor político fundamental, pois é politicamente que se manifestam as contradições sociais e se criam as condições institucionais para a efetividade dos direitos sociais. É o valor matricial de unificação e interpretação desses direitos e, ao mesmo tempo, a força motriz autônoma e imediata para o exercício de situações jurídicas impulsionadoras do Estado Democrático de Direito (DIAZ, 1972). Expressa, portanto, determinados limites (negativamente) e prerrogativas (positivamente) de conduta, tanto no âmbito da ação estatal quanto no da sociedade civil, por meio da instituição de um complexo de valores limitativos e prerrogativas a serem assegurados à pessoa, em qualquer situação. Negativamente, tais limites serão usurpados quando a pessoa for objeto de ofensas ou humilhações (por exemplo, o art. 5º inciso III da Constituição); e, positivamente, se usurpado o seu direito à autodisponibilidade, às lutas sociais ou à ação própria e à sua livre projeção histórica (por exemplo, o art. 5º inciso II), evidentemente respeitados os limites constitucionais, porque historicamente estabelecidos.

Erigido a um dos fundamentos da República, significa que o Estado e a sociedade civil devem agora atuar em função das pessoas e não o contrário. Tanto que, de forma inovadora, a Constituição colocou o título sobre os direitos fundamentais antes de organização do Estado. Significa que a pessoa não pode ser objeto da ação estatal em detrimento de sua dignidade, isto é, em ofensa a esse complexo integrativo de valores, os quais constituem um mínimo irreduzível, em qualquer hipótese. Assim, por exemplo, por mais nobres que sejam os motivos e os fins da ação estatal, por exemplo, a defesa do interesse coletivo ou a penalização do criminoso, em nenhuma hipótese é admissível a sua tortura, seu tratamento desumano ou degradante (art. 5º inciso III da Constituição de 1988).

Ressalta do tratamento dignitário a consideração da unidade dos direitos, em sua indivisibilidade e integralidade recíproca, adiante analisada (alínea *b*, item 3.5, Capítulo II, PARTE II), em decorrência da qual se elimina a tendência à naturalização dos processos que culminam por conceituar como

ontologicamente distintos, no exemplo acima citado, a proibição da tortura e o direito à dignidade. Ora, a unidade dos direitos é que lhes dá natureza política e permite afirmar-se no campo da ação política, de que resultam; porque não sendo ideias prévias, são dela inseparáveis e nela estão integradas originariamente. Porque tal apriorismo visa separá-los e esvaziar seu conteúdo político e, com isso, reduzir a política à ideia de consenso, apenas como mera tradução do conceito de unidade alcançada tão somente na esfera abstrata e superior dos ideais humanitários. Em oposição a essa concepção, a dignidade da política revela-se criadora, pois reside na criação de condições para o desenvolvimento das potencialidades humanas. Os direitos devem ser entendidos, portanto, como processo de caráter complexo, que inauguram ou consolidam espaços de luta pela dignidade. Para Flores, por isso, constituem o resultado, sempre provisional, dessa prática, não sendo válidos apenas porque estão assegurados em uma declaração de direitos, mas porque potencializam o processo concreto da dignidade; e, por isso mesmo, é que as normas e as instituições não se constituem em obstáculos à mudança social (PRONER, 2011, p. 126-127).

Observa-se, finalmente, que o vínculo intrínseco entre os direitos e a luta pela dignidade não se insere nos quadros o individualismo liberal-burguês, sobreposto aos valores da coletividade, em nome da autonomia individual. Daí a crítica de Marx, em sua época (1969, p. 44):

“Nenhum dos chamados direitos humanos ultrapassa, portanto, o egoísmo do homem, do homem como membro da sociedade burguesa, isto é, do indivíduo voltado para si mesmo, em seu interesse particular, em sua arbitrariedade privada e dissociado da comunidade.”

Em seguida, o inciso IV do art. 1º diz que os valores sociais do trabalho são um fundamento do Estado Democrático de Direito e no art. 193, em consequência, aduz: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.” O trabalho foi instituído como direito pelo Estado Social, mas apenas como contraface do capital e, portanto, restrito aos trabalhadores, individualmente, como vimos. No Estado Democrático de Direito, por força cogente do Título VIII sobre a Ordem Social,

da Constituição, é instituído como valor social, isto é, constitutivo do ordenamento social; não somente um direito de clara natureza programática, mas igualmente um dever de todos os cidadãos e, portanto, universal. Um dever que decorre, entre outras determinações da concepção democrática, segundo a qual as condições de vida, boas ou más, em que vive a população, decorrem da divisão social do trabalho e, portanto, da dependência e reciprocidade entre as classes e categorias econômicas e profissionais na produção dos bens e serviços. O conceito do primado do trabalho, como base da Ordem Social, significa que não somente os que dele dependem para sobreviver, mas todos os cidadãos têm tal obrigação, ricos ou pobres, porque a renda que auferem é sempre produto da natureza social do trabalho.

Tanto que, na ordem colonial e imperial, era um dever apenas das classes subalternas e não das elites, incluídos os cortesãos. Trabalhar era um sacrifício (*tripalium*), uma atividade própria dos escravos e dos trabalhadores livres, mas indigna de homens de classe. Estes, durante o período colonial e imperial brasileiro, eram os que tinham fazendas ou recebiam uma renda ou pensão do rei, que lhes permitia viver sem trabalho. Um homem de elite ou fidalgo era o que não precisava trabalhar para sustentar sua família e agregados. Hoje, é a base da vida em sociedade e se constitui em um dever universal, por ser o legítimo meio de apropriação da riqueza socialmente produzida. Afinal, já na fase ascensional da revolução burguesa, trabalhar era negar o ócio (negócio).

Finalmente, a solidariedade é um dever da sociedade civil entre seus integrantes, indistintamente. Segundo a Comissão Europeia dos Direitos Humanos, integra esses valores para além das obrigações instituídas por contratos e pactos, com base no princípio da reciprocidade (*do ut des*). É um direito fundado na dignidade da pessoa, sua verdadeira destinatária e não no indivíduo, grupos ou Estado; juntamente com o direito ao desenvolvimento, à paz internacional, à comunicação e a um meio ambiente sadio e protegido (art. 225 da Constituição). É um valor desenvolvido, sobretudo, após a II Grande Guerra Mundial, que superou o individualismo reinante nos ordenamentos jurídicos de cunho liberal-burguês, de concepção civilista e patrimonial;

segundo a qual ao indivíduo cabia zelar unicamente por seus familiares e por seus bens, dissociado dos interesses sociais, dos quais, entretanto, todos desfrutam. Assim, passou a incidir sobre a primazia das situações sociais das parcelas populacionais e a prevalecer sobre as de cunho patrimonial e contratual. No Brasil, o princípio da solidariedade manifestou-se rusticamente, sob a forma da lógica assistencialista (caridade, beneficência ou corporativismo), que priorizava valores individuais e foi, em seguida, assumida pelo Estado Social, a partir de 1934.

Foi somente no Estado Democrático de Direito que a solidariedade foi instituída (art. 3º incisos I e III), com fundamento no valor da dignidade, em que o princípio da igualdade passou a se basear nos valores sociais e veio a ser concebido materialmente, sob a forma da equidade, não mais assente no indivíduo, mas na pessoa, como centro da ação estatal. Segundo Negreiros (1998, p. 218-219) “a síntese da mudança converge para a substituição do indivíduo pela pessoa – a dignidade da pessoa humana – como fundamento de todo o sistema jurídico, privado ou público (...).” Foi instituída como um princípio imanente à sociedade, de todos para todos os cidadãos, na medida das possibilidades de cada um. Passou a ter por fundamento a concepção de que a renda ou riqueza que desfrutam não decorre unicamente de suas qualidades pessoais ou naturais, mas do trabalho social, cujos frutos, entretanto, são injustamente distribuídos. Por isso, foi instituída para atender não somente aos despossuídos, mas igualmente aos solidários, porque lhes propicia melhores condições de vida resultantes da elevação de sua qualidade; inclusive maior profissionalização, aumento da oferta de mão de obra e de consumo. Essa é a base, por exemplo, do desenvolvimento da teoria jurídica da responsabilidade civil objetiva dos empresários, pelos danos materiais e morais sofridos por seus empregados, em decorrência de acidentes ou doenças do trabalho, independentemente de culpa ou dolo. O direito ao seguro-desemprego também assenta seu fundamento jurídico nesse princípio, assim como os direitos da maternidade, infância e juventude. O Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (Emenda Constitucional n. 31/2000), nesse sentido, com a finalidade de “viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis

dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para a melhoria da qualidade de vida.” Igualmente na Previdência Social, em que a solidariedade entre gerações fundamenta a obrigação dos trabalhadores ativos de contribuírem mensalmente para o sustento dos inativos; embora, em nome desse princípio, se implementem distorções, como a imposição da contribuição previdenciária dos próprios inativos e pensionistas, em nome do déficit da receita previdenciária; de modo que os aposentados e os pensionistas passaram a contribuir.

3.3. A questão da efetividade dos direitos sociais universais

Esta questão importa-nos, aqui, apenas no que concerne ao aprofundamento da distinção entre os direitos sociais clássicos e universais. Isto porque, segundo Bonavides (2009, p. 564), os direitos sociais (referindo-se aos universais) foram tradicionalmente remetidos à chamada esfera programática, visto não estarem assegurados, para sua concretização, por garantias instrumentais ou processuais, como as que tiveram, desde logo, os direitos individuais civis e políticos. Mas, com as Constituições modernas, inclusive a brasileira de 1988, essa fase parece ter sido superada, com a formulação do preceito de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (§ 1º do art. 5º), por meio de garantias institucionais de direito público, vinculadas objetivamente a valores sociais que demandam sua realização concreta.

Preliminarmente, devemos observar que essa questão tem sido formulada, relativamente aos direitos sociais universais pelos estudiosos, ora sob o conceito de sua eficácia formal ou jurídica ora sob o de efetividade ou eficácia social, mas praticamente como sinônimos, indistintamente. Porém, como esses conceitos contêm distintas naturezas, rigorosamente pressupõem diferenças conceituais acerca da própria natureza jurídico-institucional desses direitos, que implica em sua efetividade. Assim, parece-nos que a adoção do

conceito de eficácia dos direitos sociais indica, nos referidos estudiosos, fundamentos teóricos distintos daqueles que ora adotamos sob o conceito de efetividade.

Cabe-nos, portanto, formular tal distinção, para concluir pela adequação do conceito de efetividade à nossa tese de distinção e classificação dos direitos sociais, segundo os requisitos de aquisição do respectivo direito. Para isso, adotamos, a respeito, as distinções arrazoadas por Sandroni (1996), acerca dos conceitos de eficiência, eficácia e efetividade, para elaborar a seguinte fundamentação.

a) Conceituamos, como eficiência, a implantação dos equipamentos sociais e procedimentos da forma mais produtiva possível e adequada aos seus fins (menor custo, com relação ao tempo, mão de obra, consumo de materiais) e eficácia o grau de adequação de seu funcionamento com relação à demanda social exigida. Mas, o Poder Público pode implantá-los eficientemente e pô-los em funcionamento de modo eficaz sem que, no entanto, alcancem sua efetividade, isto é, atinjam os objetivos e as finalidades instituídas pelas respectivas políticas sociais. Esses conceitos evidenciam que a instituição dos direitos sociais não somente pressupõe sua eficácia, mas, sobretudo, a efetividade das políticas sociais, na respectiva área. Não significa dizer que a eficácia não se oriente, também, por tais objetivos e finalidades; mas que, por ter por pressupostos apenas a competência técnica, não assegura, por si mesma, a efetividade da política que fundamentou a instituição do respectivo direito.

Embora esse conceito também se aplique aos direitos sociais clássicos, no entanto, é com relação aos universais que evidencia claramente sua distinção. Podemos afirmar, assim, que determinados direitos sociais podem ser instituídos eficazmente, sem que se efetivem parcial ou totalmente. Porque a efetividade pressupõe a capacidade de o Poder Público promover os resultados pretendidos, apontados nos fundamentos políticos que justificaram a instituição da política social respectiva; resultados que pressupõem a capacidade de atingir os seus objetivos estratégicos, para necessariamente transformar a situação social, sem o que não se justificaria a própria política

pública. Por isso, seu grau de efetividade somente pode ser auferido por meio de pesquisas de opinião sobre tais efeitos, seus impactos e transformação da realidade social, de modo a produzir mudanças significativas e duradoras.

Quanto à eficácia formal ou jurídica, é o caso da notória classificação acerca da aplicabilidade das normas constitucionais, formulada por José Afonso da Silva (1968), segundo a qual as normas constitucionais têm valor diverso umas das outras, conforme se classifiquem em normas de eficácia plena, contida ou limitada. Foi sob esta classificação que se desenvolveu a teoria das normas programáticas, concebidas como as que não teriam uma carga impositiva ou sancionária, sendo verdadeiros programas de ação social, com a imposição, apenas, de um dever de legislação e de desenvolvimento constante, contínuo e renovável. Foram concebidas como normas de princípio, em decorrência do programa político da social-democracia. Aplicar-se-iam à própria natureza das normas constitucionais, que instituem os direitos dependentes de leis complementares e ordinárias, inclusive no nível estadual e municipal (como o direito à moradia); ou da criação de órgãos de deliberação e de execução e da alocação de recursos orçamentários, segundo os procedimentos de racionalidade e legalidade constitucionais e regimentais. Limitar-se-iam a declarar ou positivar princípios sobre esses direitos, sejam de natureza organizativa ou institutiva ou então programáticos; sendo, portanto, de eficácia contida ou limitada, conforme o caso. (SILVA, 1982, p.75)

Não significa que não tenham eficácia, adverte, enquanto tais leis não forem instituídas, mas apenas limitada ao princípio de que o Poder Público não pode, desde logo, agir contrária ou diversamente do que indicam. Mas só isso, porque dependem da instituição das citadas leis, que podem mesmo criar direitos subjetivos. Podem reconhecer um interesse simples, mas não exigível sem a lei; mas podem criar, desde logo, interesses conceituados como legítimos, exigíveis de imediato. Assim, as programáticas não criam direitos subjetivos em seu aspecto positivo, apenas em seu aspecto negativo, no sentido de que não podem ser contrariadas.

Essa concepção, no entanto, limita-se à eficácia jurídica, pois as normas que instituem os direitos sociais universais, por serem fundamentais, não têm

sua eficácia totalmente dependente do legislador ordinário; se dependessem, tais direitos não seriam qualificados pela Constituição como fundamentais. Por estarem instituídas no texto constitucional, definem-se justamente pela indisponibilidade de seu conteúdo ao Congresso. Entretanto, distinguem-se quanto à plenitude de seus efeitos jurídicos porque dependem de tal regulamentação, seja esta original ou por recepção. São normas que têm aplicabilidade, mas indireta e mediata, porque só incidem totalmente após essa normatividade ulterior. Essa redução de eficácia consiste, enquanto dependerem de regulamentação, em somente surtirem efeitos não essenciais, não dirigidos aos valores-fim da norma, mas apenas a certos valores-meios e condicionantes; pois a norma de que dependem tem a finalidade de integrar sua eficácia, ampliá-la, não para contê-la. Daí resulta que determinados direitos sociais universais apresentariam mais eficácia do que outros, de acordo com sua regulamentação e, mesmo neste caso, de acordo com seus termos e limites. Nesse sentido, sua eficácia seria igualmente diferenciada.

Inúmeros estudiosos desenvolveram classificações acerca da eficácia formal, mas a de Bandeira de Mello (2011, p.18) especialmente, segundo o qual as normas de eficácia plena, se analisadas não do ponto de vista de seu destinatário, como acima exposto, mas dos administrados (os titulares dos direitos a que se referem), em inúmeros casos “são, precisamente, as que conferem a posição jurídica mais débil para os administrados,” propondo, por isso, outra classificação adequada aos administrados.

Interessa-nos destacar, sobre esse ponto, que a eficácia jurídica é concebida, consensualmente, como a qualidade de a norma produzir efeitos jurídicos, isto é, apresentar a possibilidade técnico-jurídica de sua aplicação e não efeitos propriamente sociais, caso em que se torna sinônimo de efetividade pelo conceito de eficácia social. Mas, o relevante, aqui, é considerar que a eficácia jurídica é condição da efetividade dos direitos sociais, enquanto a recíproca não é verdadeira; que, por isso, nos remete ao exame das condições de sua institucionalização.

É, portanto, sob o ponto de vista de sua efetividade ou eficácia social e não, apenas, formal, que os direitos sociais adquirem sentido democrático, à luz das políticas sociais.

b) Ora, as referências teóricas, no âmbito jurídico e político, que vinculam os direitos sociais à controvérsia acerca de sua efetividade, assentam, portanto, na redução da concepção de sua natureza jurídico-política à sua finalidade, isto é, à garantia do acesso aos mínimos sociais, como vimos, de que derivam sua natureza meramente programática. Não assentam, assim, nos requisitos de sua institucionalidade, por não apreenderem de forma rigorosa sua distinção entre os clássicos e os universais. Limitam-se à distinção entre os direitos civis, políticos e os sociais, genericamente. Entre esses estudos, expusemos inicialmente dois deles da teoria francesa sobre o direito da pobreza, que consideramos paradigmáticos e que nos fornecem subsídios teóricos, embora latentes, para consolidar a referida distinção e o conceito de efetividade com base na sua institucionalidade; vinculada, pelo exposto, à natureza política de sua instituição, que o conceito de eficácia jurídica não apreende.

São estudos que ora apreendem os direitos sociais somente em sua versão universal, ora em sua versão clássica. Borgetho (2007) toma por pressuposto dos direitos sociais a situação em que se encontram parcelas da população excluídas do mundo do trabalho, das pessoas que não têm acesso aos meios de existência, considerados essenciais. Limita-se, portanto, aos direitos sociais universais, sem os clássicos e, por isso, não explicita essa distinção; mas avança, ao indagar, quanto à universalidade e à efetividade, acerca dos obstáculos e dificuldades para o acesso a esses direitos. Responde que derivam de duas situações: ou em decorrência da própria natureza deles ou do modo como são gerados e executados no plano institucional, por dificuldades decorrentes de sua gestão. Atribui-lhes, portanto, natureza intrinsecamente programática. Alega que os obstáculos decorrentes da natureza dos direitos consistem em que, sendo esses direitos de acesso (*droits créances*, tal como nos referimos na PARTE II, Cap. I item 2), dependem de lei interna para se tornarem efetivos. O direito à educação, por exemplo, é

fartamente legislado e organizado e, por isso, relativamente assegurado à população, comparado com o direito ao trabalho, praticamente ineficaz. A diferença entre uns e outros, diz ele, depende de sua compatibilidade com a ordem econômico-social. Daí decorre a inadaptação acerca das regras próprias de cada um deles. E, ainda, da complexidade das regras de organização judiciária, segundo as competências dos tribunais em jurisdicionar a respeito. Já os decorrentes das dificuldades de sua gestão institucional dependem da transformação dos direitos, previstos na Constituição, em direitos positivos e oponíveis perante o Poder Público, por meio da designação dos órgãos responsáveis pela respectiva efetividade. Por exemplo, o Ministério do Trabalho e Emprego assegura programas de incentivo ao mercado de trabalho, mas não assegura empregos, diretamente; a não ser que instituísse um programa que empregasse qualquer desempregado, mediante remuneração estatal, o que é inviável no sistema capitalista, pelo menos de modo permanente.

Mas, segundo Romam (2007), na mesma linha de José Afonso da Silva, os direitos sociais são oponíveis, têm eficácia em algum nível. Sendo direitos são, portanto, exigíveis judicialmente. A diferença é que sua jurisdiciabilidade remete às garantias constitucionais, sob duas formas: normativa e subjetiva. Assim, há direitos como os da saúde, que são relativamente eficazes. Outros são exigíveis apenas no nível de sua normatividade. Um desempregado, por exemplo, não tem o direito de exigir um emprego. Porque, nesse caso, esse direito somente é justiciável com fundamento na respectiva norma, mas apenas coletivamente (justicialidade normativa), não ao nível individual. Sua eficácia se restringe ao dever do Poder Público de instituir políticas de incentivo ao emprego; o que significa que, uma vez instituído como direito social (direito ao trabalho), a autoridade administrativa ou judicial não pode mais retirá-lo ou reduzi-lo da ordem jurídica, nem se abster de promovê-lo, embora como direito coletivo. Se revogado ou reduzido pelo Poder Público, sua justicialidade é cabível para repô-lo originariamente. A justicialidade normativa dos direitos sociais tem progredido, mas sua progressividade também depende do tipo de norma instituidora, se assegurada na Constituição Federal ou em uma

convenção internacional, desde que ratificada internamente e dependente de lei regulamentadora. Se assegurados no texto constitucional, mas não regulamentados por leis infraconstitucionais, integram a ordem jurídica interna, porém com a exigência de políticas sociais e o acesso às respectivas prestações. Nessa hipótese, sua justicialidade fica limitada por dois fatores: a carência de recursos e a ausência de demanda ao STF do controle da constitucionalidade das leis pela via da exceção; e também pela própria concepção mais restrita que o STF possa adotar no controle da constitucionalidade dessa omissão, quando os direitos sociais estão em causa. Daí a conclusão de que, nessa hipótese, não se constituem em um direito subjetivo diretamente justiciável, mas um interesse coletivo oponível ao legislador.

Ainda, segundo Pessanha (2006), dois são os fatores que tornam relativamente ineficazes os direitos sociais: a imprecisão das normas e a escassez de recursos. Para essa autora, tais fatores integram o conceito de eficácia plena, acima exposto. Embora essa estudiosa não defina, entre os direitos sociais, os universais, constata-se que se refere a eles, porque os define como prestacionais. Segundo ela, a imprecisão redacional desses direitos, no texto constitucional, é um dos fatores de sua ineficácia, por estar dispostos de maneira confusa, com divergências quanto à sua própria definição e fundamentalidade (objeto amplo demais). Suas normas apresentam um caráter amplo e incompleto, ainda concebidas como programáticas, o que dificulta sua concretização prática (SILVA, 1999, p.140). Também é difícil estabelecer uma adequada delimitação do próprio objeto dos direitos sociais, porque estão descritos de forma vaga, imprecisa e são demasiadamente abertos, com grande pluralidade de meios de seu atingimento. Mas alguns tribunais já decidem que os direitos sociais são de plena eficácia social, isto é, devem ser adequadamente assegurados, visto que relativos às necessidades básicas. E esse é o fator que se refere diretamente às condições da institucionalidade dos direitos.

Já a escassez de recursos condiciona a eficácia à reserva do possível. Porém Pessanha acrescenta que a questão é a da prioridade na destinação

das verbas orçamentárias, no que se refere ao núcleo material da dignidade, denominado de mínimo existencial. A questão da prioridade é que instala a controvérsia, uma vez que os recursos são limitados e há outras prioridades para se definir os direitos que integram esse núcleo. A resposta, no entanto, é que a prioridade se define pela satisfação das necessidades básicas, que são o fundamento teleológico dos direitos sociais. A questão básica, como se vê, não é exatamente a dos custos orçamentários, porque os direitos individuais (civis e políticos) também os exigem em alto nível (por exemplo, os processos eleitorais e o funcionamento do Judiciário) e, no entanto, são razoavelmente cumpridos. E também porque, na realidade, os próprios direitos sociais são usufruídos individualmente, o que dilui, na prática, a distinção entre individuais e sociais. A diferença, no entanto, que não pode ser descartada, é que os sociais assentam na garantia das necessidades básicas e os individuais dizem respeito aos direitos civis e políticos.

Trata-se, portanto, da opção do Poder Público em decidir em que gastar, uma opção política sobre o que se considera preferencial.

No mesmo sentido, Galdino (2002, p. 114), para o qual é oportuno colocar que a exaustão da capacidade orçamentária, apresentada como meio de frustrar a proteção dos direitos fundamentais, é reflexo de trágicas escolhas políticas sobre o que terá prioridade na emissão dos recursos. O que verdadeiramente frustra a eficácia de tal ou qual direito, reconhecido como fundamental, não é a exaustão de um determinado orçamento, mas a opção política de se alocar ou não os respectivos recursos orçamentários. A compreensão dos custos, como meios de promoção dos direitos e a observação empírica de que tais meios são insuficientes para atender a todas as demandas, levam necessariamente à conclusão de que a pretensa exaustão orçamentária apenas encobre as prioridades que deixam de fora do universo do possível a tutela de um determinado direito. Assim, percebe-se que a política orçamentária pode obstaculizar a maior efetividade dos direitos sociais universais.

Ora, vimos que a dos clássicos decorre de uma primeira característica, que é a de serem financiados diretamente pelos próprios trabalhadores, se

ponderarmos que, além de sustentar a organização sindical, produzem o valor de seus próprios salários e dos benefícios previdenciários (contribuições sociais); ao passo que os universais são diretamente instituídos e financiados pelo Estado, por meio de dotações orçamentárias. Também vimos que os clássicos, desde sua criação, ainda no Governo Provisório de 1930, foram formulados juntamente com a instituição dos órgãos que deviam concretizá-los. Isto porque, além de enunciados substantivamente, como instituição da política de proteção social, tiveram desde logo sua efetividade adjetivamente assegurada pela criação eficaz desses órgãos estatais federais, com procedimentos administrativos e judiciários específicos, organizados em uma rede nacional de mera desconcentração federal administrativa, caracterizada pela proeminência das atividades-fins. Desde então e até depois de 1988, a legislação trabalhista, previdenciária e sindical aperfeiçoou-se, ora com avanços e recuos, inclusive com a legislação do regime militar, como vimos, em novos avanços herdados pelo Estado Democrático de Direito. E os referidos órgãos, destinados à garantia de sua efetividade, também se aperfeiçoaram crescentemente. Face à sua natureza federal privativa (uma alteração que já havia sido introduzida pela Emenda Constitucional de 1926, como vimos, antes mesmo do Governo Provisório), a efetividade dos direitos sociais clássicos assentou, portanto, na eficácia vertical, específica e concentrada da competência desses órgãos, face à reforma estatal getulista, uma estruturação que se manteve em todas as constituições posteriores, inclusive a de 1988. É possível observar, ainda, que a manutenção dessa característica no Estado Democrático de Direito denota a distinção dos direitos sociais clássicos com relação aos universais, porque a efetividade destes depende de um aparato estatal com eficácia horizontalizada (dependente da atuação simultânea de órgãos de distintos Poderes, nos três níveis federativos, sobretudo do Executivo e do Legislativo), descentralizada (redistribuída pelos Estados e municípios, em que cada ente federativo detém autonomia política e administrativa), regionalizada (incidente sobre parcelas populacionais em determinadas condições territoriais) e intersetorializada (implicando na ação de

vários serviços de distintos setores públicos, como saúde, educação, segurança, moradia e outros, sob o princípio da proteção integral).

Como vemos, as críticas à inefetividade dos direitos sociais, formuladas genericamente, sem ponderação de sua distinção com os clássicos, referem-se mais apropriadamente aos direitos universais; e, mesmo assim, relativamente, porque parte destes, como a educação e a saúde, apesar dessas críticas, adquiriu efetividade, embora precária, depois de 1988, como vimos.

Assim, a própria institucionalização da universalização dos direitos sociais alterou, como se vê, as condições de sua efetividade, por isso mesmo inviável por meio de órgãos federais verticalizados, especializados e concentrados; visto que dependem de políticas sociais, instituídas por conselhos nacionais, estaduais e municipais que, entretanto, são fragmentadas e setorializadas, operacionalizadas por órgãos de gestão social (comitês gestores, por exemplo, o CGPD–Comitê Gestor de Políticas de Inclusão das Pessoas com Deficiências), descentralizadas entre Estados e municípios e articuladoras de amplos setores dos serviços públicos, em um sistema único. Paralelamente, a seguridade social continua gerida, por ministérios distintos e especializados (Saúde, Previdência e Desenvolvimento Social), respectivos conselhos e orçamentos específicos, mas sem a articulação orgânica que assegure a unidade política dessas instituições e sua efetividade.

A universalidade exige, portanto, o deslocamento da efetividade, assente na verticalidade tradicional de órgãos especializados, para a transversalidade das políticas sociais, decorrente de sua interpretação sistemática, no âmbito da unidade dos direitos sociais universais, como primeira condição de sua efetividade.

Na Constituição de 1988, em decorrência da universalização e do caráter democrático e participativo da administração pública, sua efetividade politizou-se, (isto é, passou a depender da formulação de políticas públicas) condicionada à deliberação dos conselhos e à organicidade correspondente, assente na descentralização, a qual exige do Poder Público os critérios de intersetorialidade e integração (proteção integral). E estes dependem da elaboração de planos, em seguida operacionalizados pelo Executivo, por

programas; que, por sua própria natureza, como vimos acima, tendem à setorialização, à parcialização e à regionalização, em um campo próprio de ações multifacetadas e pretensamente integradas.

Essa tendência passou a implicar, ainda, na diferenciação e especificação de inúmeros programas sociais, reduzidos e residuais em sua abrangência, que pouco se complementam. Sua efetividade tende a assentar não em órgãos vinculados a atividades-fins, como até então, mas em órgãos gestores, especializados em atividades-meio (gestão social), pretensa e relativamente aptos a integralizar a diversidade das ações promovidas pelos ministérios e secretarias estaduais e municipais, fundos, conselhos e organizações da sociedade civil. Mesmo órgãos, aparentemente especializados, como os CRAS e CREAS, têm sua efetividade condicionada à coordenação dos diversos serviços públicos, como vimos. Por isso, para Behring (2007, p.160-161) a seguridade social brasileira

“(...) acabou materializando políticas com características próprias e específicas que mais se excluem do que se complementam, fazendo com que, na prática, o conceito de seguridade fique no meio do caminho, entre o seguro e a assistência.”

Por isso, com relação aos direitos universais, em que pesem os últimos índices de diminuição do desemprego e da desigualdade social, nos últimos anos (IBRE, 2008), é incontroversa a enorme distância que ainda persiste entre a sua instituição formal, mesmo quando eficazmente implantada e a efetividade de sua realização, como revelam os principais índices econômicos e sociais (Índices, 2008). E o recente relatório da Anistia Internacional descreve um estado generalizado de injustiça em todo o mundo, sessenta anos depois da Declaração Universal dos Direitos Humanos. (ANISTIA, 2008)

A própria universalidade dos direitos assenta, portanto, nas condições de sua institucionalidade. Primeiro, porque sua efetividade, embora tenha nos dados estatísticos um forte indicador, não pode ser aferida apenas pelo número de pessoas, legitimamente interessadas, que os demandem e sejam atendidas, independentemente de o Poder Público os colocar eficazmente à sua disposição, porque podem demandá-los ou não. Consiste, portanto, em que, se os demandarem, estejam à disposição para tanto. Por isso, entendemos

que sua efetividade é plena quando o Poder Público, nos três níveis federativos, conforme o caso, esgota todas as medidas legislativas pertinentes, coloca à disposição da população os recursos orçamentários suficientes, cria e instala os órgãos, equipamentos e recursos humanos necessários, institui os procedimentos de seu funcionamento e os promove junto à população. Assim, a eficácia é condição da efetividade. Segundo, o próprio direito pode ser instituído para ter eficácia apenas para uma determinada parcela da população e, em seguida, ser ampliado. Nessa hipótese, a plenitude da efetividade deve ser auferida relativamente. Foi o que aconteceu com o direito à educação, cuja história, desde a Constituição de 1934, evidencia uma sucessiva ampliação, como vimos.

A efetividade está assim condicionada, portanto, a partir dos próprios limites da eficácia de sua institucionalidade. Nesses limites, os direitos sociais clássicos têm sua universalidade reduzida aos trabalhadores. Porém com plena eficácia e de relativa efetividade, obviamente no âmbito em que foram instituídos, porque, mesmo quando descumpridos, dispõem de órgãos estatais ou privados para sua consecussão. Nessas condições, as demandas dos trabalhadores e seus sindicatos configuram-se no âmbito de sua efetividade. Já as referentes aos universais, como a saúde e a educação, configuram-se no âmbito da própria eficácia, mesmo quando instituídos formalmente e regulamentados, por não disporem sequer de dotações orçamentárias suficientes ou mesmo disporem de equipamentos e serviços estatais ou privados que os assegurem integralmente.

Nesse sentido, devemos ainda considerar que, em última instância, as condições da efetividade dos direitos dependem do processo de desenvolvimento econômico, político e social do país, uma determinação infraestrutural para a sua realização mais completa. No entanto, não é uma determinação preliminar porque o próprio desenvolvimento é atualmente concebido também como um direito dos povos, baseado na solidariedade internacional e nacional (internamente, entre as parcelas da população), no conceito de comunidade internacional, sem o quê a própria política dos Estados nacionais não progride, no contexto da globalização. Dessa forma,

evidencia-se que o caráter político, que emerge como conceituação da efetividade dos direitos, condiciona, desde o início de seu processo institucional, as condições de sua efetividade.

A questão da efetividade remete-nos, ainda, à análise das políticas sociais, na mesma medida em que são determinadas pelas condições jurídico-políticas da intitucionalidade dos direitos, cuja finalidade visam implementar.

3.4. Políticas sociais – cooperação, subsidiariedade, dotações orçamentárias e descentralização

As ações governamentais de implementação dos direitos sociais, em seu sentido genérico, foram instituídas, no final do séc. XIX e inícios do séc. XX, na Europa, como uma questão pública, o que exigiu uma prévia qualificação política da denominada questão social e a instituição de medidas estatais. No Brasil, segundo o levantamento que efetuamos na PARTE I, podemos discernir três fases desse processo institucional.

A primeira, que precedeu a instituição dos direitos sociais clássicos até a República Velha, caracterizou-se pela concepção dos socorros públicos, basicamente com relação aos pobres, sobretudo crianças expostas e filhos de escravos, em aliança do Estado com a Igreja católica. As medidas que instituiu seguiram o modelo das relações e institutos jurídicos familiares ou do assistencialismo católico. A segunda, durante a vigência do Estado Social, caracterizou-se com a instituição dos direitos sociais clássicos e medidas governamentais de sua implementação e arremedos dos direitos sociais universais, entretanto delimitados às parcelas da população integradas ao mercado de trabalho; excluídas, portanto, as parcelas da população sem contrato de trabalho, que eram a população rural, os desempregados e os trabalhadores informais e seus dependentes. A terceira, com o Estado Democrático de Direito, que qualificou as ações governamentais como políticas públicas, em duas vertentes, a saber, no âmbito econômico e no âmbito social. Neste último, as políticas sociais para dar efetividade aos direitos sociais

universais, com a finalidade, agora, da inclusão social de toda a população brasileira, segundo os requisitos institucionais referentes à natureza e especificidade desses direitos.

No entanto, devemos observar que nenhuma das constituições anteriores fazia qualquer referência expressa às ações estatais com a natureza de políticas públicas. A Constituição de 1946 referia-se apenas a normas gerais sobre a saúde e educação (art. 5º inciso XV). A de 1967 a planos nacionais de educação e saúde (art. 8º inciso XIV), sem instituir políticas e fundos (art. 169); política de comércio e planos econômicos (art. 10); planos e programas regionais (art. 46); e instituía os Fundos de Participação dos Estados e municípios e o Fundo Especial, mas sem vincular um percentual a qualquer finalidade social (art. 26). Até por volta dos anos 1970, essas ações eram concebidas no âmbito do então denominado planejamento estatal.

Já na Constituição de 1988, a instituição das políticas públicas assenta, basicamente, em duas naturezas distintas, que as vinculam separadamente: as da Ordem Econômica e Financeira (Título VII) e as da Ordem Social (Título VIII). As primeiras, como vimos, basicamente exercidas por agências reguladoras, instituídas pela administração indireta do Estado como agente normativo e regulador de atividades econômicas ou de prestação de serviços socialmente importantes, com funções de fiscalização (poder de polícia), incentivo e planejamento (art. 174). Decorrem da privatização dessas atividades, a partir de 1994, em regime de concessão e permissão (art. 175), nas áreas ali reguladas (arts. 176 a 180). Também a política urbana, agrícola, fundiária e de reforma agrária e sistema financeiro nacional (art. 182 a 192). Essas agências estão organizadas como autarquias de regime especial federais, estaduais, do Distrito Federal ou mesmo municipais, nas quais seus dirigentes são estáveis e exercem mandatos predeterminados (autonomia qualificada). As federais são as agências nacionais, para controle de determinadas atividades específicas (ADA – Agência de Desenvolvimento da Amazônia, AEB – Agência Espacial Brasileira, ANA – Agência Nacional das Águas, ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil, ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, ANEEL – Agência Nacional de Energia

Elétrica, ANCINE – Agência Nacional do Cinema, ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustível, ANS – Agência Nacional de Saúde, ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquáticos, ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, ADENE – Agência de Desenvolvimento do Nordeste, ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres); as estaduais e municipais regulam geralmente sobre a prestação dos serviços públicos em geral ou de um setor específico.

As segundas, sobre a Ordem Social, são as políticas sociais, destinadas a assegurar os direitos sociais, especialmente os universais. Definem-se como um conjunto integrado de ações de iniciativa do Poder Público e da sociedade, deliberadas por conselhos, instituídas por planos, implementadas por programas e projetos e executadas por gestores sociais, em parceria com entidades e organizações da sociedade civil; com a finalidade de prevenir riscos e vulnerabilidades sociais ou proteger socialmente as parcelas da população já atingidas em seus direitos, sob os princípios da descentralização, participação e municipalização, unificadas pela estrutura federativa, de modo a garantir sua unidade integrativa. Decorrem de planos e programas de quatro modalidades: prevenção, proteção, promoção e inserção social e devem efetivar-se por meio de redes de proteção social básica ou especial, integradas por órgãos governamentais e entidades e organizações da sociedade civil, mediante a prestação de benefícios e serviços, com vistas à garantia não somente das necessidades básicas, mas igualmente dos mínimos sociais (padrões de garantia dos direitos sociais com base na proteção integral), por meio de relações integrativas básicas da vida familiar, comunitária, trabalho e bens culturais. Assentam em um plano, fundo e conselho (nacionais, estaduais e municipais), em ações integradas, sob controle social e estatal, com comando único em cada esfera de governo e contínua avaliação dos respectivos gestores.

No âmbito constitucional, são ações da competência privativa da União (art. 22); ou comum, com os Estados e municípios; ou concorrente (em que a União elabora as normas gerais e a normatividade estadual e municipal é suplementar); com a finalidade de as tornar efetivas e desenvolvê-las junto à

população. Constituem-se em políticas de Estado, uma instituição constitucional, não apenas de governos, fundamentadas nos valores constitucionais, orientados institucionalmente. Assentam na priorização da pessoa humana, como centro de direitos e obrigações e na participação da sociedade civil.

A implementação das políticas sociais ocorre de três formas. A primeira, voltada para o atendimento dos direitos sociais considerados básicos, por meio da atuação dos órgãos responsáveis pela execução das políticas setoriais, sobretudo nas áreas de educação, saúde, assistência social, esporte, cultura e trabalho. A segunda materializa-se na política voltada para a promoção e garantia da proteção especial da população infanto-juvenil, cujo atendimento não esteja contemplado no âmbito da atuação das demais políticas setoriais e cujo público-alvo são crianças e adolescentes em situação pessoal ou social de risco. A terceira, que completa o arcabouço institucional, por meio da criação de órgãos denominados de defesa e controle, tais como os conselhos tutelares e os conselhos de direitos e, ainda, o Ministério Público e o Poder Judiciário. No âmbito do governo federal, esse tripé articula-se da seguinte forma: de um lado, atuam os ministérios setoriais em suas missões institucionais específicas; de outro, encontram-se as ações e programas desenvolvidos pelo órgão encarregado da política nacional de direitos humanos que, dito de forma simplificada, é o responsável pela coordenação nacional da política de proteção especial a crianças e adolescentes (em 1995, em meio ao processo de implementação da Lei Orgânica da Assistência Social, essa função deixou a pasta da Assistência Social, tendo sido desativada a Fundação Centro Brasileiro para a Infância e a Adolescência-CBIA. Tal tarefa passou a ser desempenhada no âmbito da Secretaria de Direitos de Cidadania e Justiça, do Ministério da Justiça, onde foi criado o Departamento da Criança e do Adolescente-DCA, substituído em 2003 pela Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente). Por fim, no último eixo, tem importância central o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – Conanda, órgão colegiado criado em 1991, para elaborar as normas gerais e

fiscalizar a execução da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente.

Sua efetividade, portanto, depende de uma ação estratégica do Estado e não apenas dos governos, em decorrência do encargo constitucional federal de lutar pela redução e prevenção dos riscos e vulnerabilidades sociais, por meio da universalização dos direitos e da inclusão social. Com essa finalidade, a Constituição de 1988 foi pioneira, ao criar um sistema de articulação institucional do Estado, no trato das políticas sociais. Estas são, por isso, instituídas com base em um plano nacional e um órgão central de coordenação e planejamento, visto que as autonomias estaduais e municipais tendem à duplicidade e paralelismo dos programas e à sua desarticulação, em decorrência de concepções distintas e conflitos regionais; que, por exemplo, os arts. 11 a 15 da Lei Orgânica da Assistência Social e arts. 15 a 19 da Lei Orgânica da Saúde visam superar. Assim, também, o que está instituído nos artigos 198 e 204 da Constituição e tem na descentralização administrativa a sintonia prioritária da municipalização dessas ações, sob o princípio da participação comunitária e da execução de suas decisões por órgãos gestores estaduais e municipais, integrados em um sistema único de gestão, como vimos. Nessa concepção, ordena a ponderação do princípio da universalidade com o da seletividade, a serem resolvidos politicamente por meio da deliberação dos conselhos, como órgãos de participação da população na administração descentralizada. (art. 194 parágrafo único constitucional)

Esses fatores, entretanto, revelam que a efetividade dos direitos sociais universais, com relação às políticas sociais, conforme sua regulamentação, passou a depender da iniciativa dos governos (federal, estaduais e municipais) e do grau de sua articulação com os respectivos parlamentos (coalisões partidárias nas câmaras municipais, assembleias estaduais e Congresso Nacional); assim como dos conselhos, todos com poder, inclusive, de fiscalização da execução dos planos e programas e despesas orçamentárias. Nessas condições, tornaram-se diferenciadas e volúveis, segundo as deliberações que variam de governo a governo, nos três níveis federativos. Por exemplo, a Constituição paulista de 1989, em seu art. 233, concebe

expressamente a assistência social apenas como política de natureza emergencial e compensatória, sem prevalecer sobre a formulação e aplicação das políticas nas áreas da saúde, educação, abastecimento, transporte e alimentação, que considera básicas; ao contrário da Constituição federal, que a conceitua como instituição política de Estado, fundamental à seguridade social.

Em que condições as políticas, então, podem adequar-se à universalização e à qualificação jurídico-institucional dos direitos sociais, sob esse aspecto?

A iniciativa do Estado, ao instituí-las, decorre da constatação de que o desenvolvimento econômico e as livres determinações das relações de mercado não asseguram, por si mesmos, a inclusão e o desenvolvimento social, o que torna necessária sua intervenção e uma política específica de dotações orçamentárias. Afinal, o capitalismo desenvolve-se por meio da superação de crises econômicas, que exigem a intervenção estatal. A crise de 1929 e seus efeitos nos anos 1930, por sua virulência e profundidade, confirmou três efeitos perversos, que condicionam, até hoje, a doutrina econômica ortodoxa, de cunho abstracionista, a saber:

- Apesar de relativamente eficiente, a economia de mercado, deixada ao livre arbítrio de sua lógica interna, não elimina, ao contrário, gera amplas e crescentes parcelas populacionais em situação de pobreza e de miséria;
- Seu funcionamento, altamente competitivo, tende a acentuar as desigualdades entre indivíduos e classes sociais;
- Em determinadas fases históricas, os seus ajustes mais vigorosos, quando de natureza puramente econômica, produzem desemprego, pobreza e miséria generalizados (denominados de “patológicos” pela ortodoxia acadêmica).

A racionalidade abstrata da teoria econômica ortodoxa incorporou, até hoje, essa evidente discrepância entre a realidade objetiva da intensificação dos riscos e vulnerabilidades sociais e a hipótese da sociedade de pleno emprego e do consumo massificado. Tende fortemente a legitimar a institucionalização do estímulo do objetivo do lucro ao limite, por meio da

intensa mobilização dos fatores da produção e promoção do desenvolvimento econômico, sob o pressuposto de que, automaticamente, dele decorrerá o desenvolvimento social, com o apoio do voluntariado e da ideologia da responsabilidade social da iniciativa privada. Foi essa a concepção predominante durante a vigência do Estado Social, que prevaleceu com a instituição da Ordem Econômica e da Ordem Social em um mesmo e único Título, nas Constituições anteriores a 1988, como veremos adiante.

Mas, a tecnologia disponível e as ações dos agentes econômicos, entretanto, são condicionadas por interesses econômicos objetivos. Marx e, antes dele, Stuart Mill, já haviam percebido que, entretanto, os critérios de repartição dos bens, socialmente produzidos, não são apenas uma questão de natureza contratual, segundo a lógica do mercado, que sua mão invisível possa resolver espontaneamente; mas de natureza política, regulada por políticas estatais, a começar por sua institucionalização nas normas constitucionais federais. Isto porque a máxima eficiência produtiva e do lucro não se harmoniza “naturalmente” (isto é, sob a determinação das relações de produção) com a justiça distributiva. Sua compatibilidade depende, sobretudo, das normas constitucionais e da política pública. É nesse ponto que o neoliberalismo falha de modo irremediável, especialmente no regime federativo de descentralização e autonomia estadual e municipal. As crises econômicas atuais, geradas pela globalização, evidenciam que aquelas proposições, acima expostas, não se compatibilizam. As crescentes desigualdades sociais, criadas pela ênfase irrestrita no processo competitivo, já destruíram o Estado Social e varrem o planeta com uma onda de irracionalidade, nos denominados países emergentes, inclusive sob a teoria do desenvolvimento sustentado. Nesse contexto, perde-se o objetivo de maximização da taxa de crescimento econômico coadunado com políticas de desenvolvimento social.

As políticas sociais, por sua vez, porque são políticas de Estado e não só de governos, somente se efetivarão se fundamentadas em planos de longo alcance, com base na continuidade dos governos, a par de programas e projetos de médio alcance e mesmo emergenciais. Mas desde que, no conjunto, integradas por uma política ordenativa, que lhes dê coerência e

efetividade, em longo prazo; para superar a setorialização e a fragmentação que as caracteriza atualmente e com uma política orçamentária própria e desvinculada da política fiscal.

Face à escassez de recursos, diferenciada capacidade gerencial e fiscal dos entes federativos, desigualdades socioeconômicas regionais e crescente complexidade dos problemas, tornam-se necessárias soluções de articulação e cooperação intersetoriais e intergovernamentais, com base nos princípios da cooperação e da subsidiariedade. Nesse sentido, compete aos Estados, conforme a Constituição de 1988, a coordenação dos espaços regionais (art. 43: regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões), em parceria com os municípios, respeitada sua autonomia, sob o princípio da cooperação, segundo o qual as instâncias centrais só devem interferir na prestação socioassistencial como último recurso. Para tanto, a instituição da cooperação compulsória (Lei Complementar Estadual: art. 25 § 3º d), conjugada com os instrumentos da cooperação voluntária (convênios e consórcios: art. 241), por meio de leis autorizativas dos entes que integram esse princípio, viabilizadas por convênios, comissões intermunicipais, conselhos e outros.

Essas soluções devem ainda observar o princípio federativo da subsidiariedade, segundo o qual a União não deve fazer o que os Estados podem com mais eficiência; e estes com relação aos municípios. Mas, os serviços municipais são diferenciados, por sua própria natureza. Há os que têm recursos para serviços de média e alta complexidade, mas outros não passam de polos regionais. Por isso, são necessários serviços de referência regional, em consórcios intermunicipais, em duas hipóteses: quando a demanda de um município não justifique serviços continuados de média e alta complexidade; ou quando, devido ao seu porte ou nível de gestão, não disponha de condições físicas e recursos humanos de gestão individual para a prestação de um serviço, em seu território. Nesse caso, os consórcios intermunicipais podem viabilizar eficazmente as demandas regionais.

Por outro lado, a efetividade depende, também, das dotações orçamentárias.

Nos termos do art. 167, incisos I e IX da Constituição, a instituição de programas ou projetos é vedada sem que estejam previamente incluídos na lei orçamentária anual, assim como a instituição de fundos de qualquer natureza. Por outro lado, tais dotações dependem, basicamente, do nível absoluto das receitas e da sua redistribuição relativa pelos demais entes federados. A esse respeito, cabe observar que a Constituição instituiu um sistema de repartição de receitas, que dificulta o controle de gastos das dotações do Governo Federal aos Estados e municípios, o que limita a capacidade e, por consequência, fragiliza sua iniciativa de coordenação das políticas em nível estadual e municipal. A arrecadação dos tributos é desigual entre os Estados e, dentro destes, igualmente entre os municípios, inclusive os de população da mesma faixa classificatória. A autonomia estadual e municipal, além disso, permite que estabeleçam sua própria agenda de políticas sociais, o que gera uma elevação generalizada e improdutivo de gastos, caracterizada pela superposição e dispersão de ações. A isso, somam-se a interferência e grande proliferação de partidos políticos e a consequente dispersão das políticas, segundo a hegemonia política local, ou a adesão às políticas federais casuisticamente; segundo a forma como se estruturam as relações federativas, em prejuízo das estratégias possíveis para a sua coordenação vertical.

Em decorrência da estrutura federativa, as competências estaduais e municipais são concorrentes (art. 21 a 24 da Constituição de 1988) na maior parte das políticas sociais. Porque qualquer ente federativo está autorizado, constitucionalmente, a instituir e implementar planos e programas sociais. Mas a estrutura de descentralização da receita não é proporcional à da distribuição dos encargos sociais, o que propicia desigualdades regionais, a superposição das políticas e a controvérsia acerca de seus mínimos denominadores comuns na provisão dos serviços.

Além disso, a Constituição não alterou a estrutura institucional da gestão herdada do regime militar (Constituição de 1967/69), que era centralizada, por exemplo, para a política de saúde e desenvolvimento urbano, mas descentralizada para a educação fundamental. Em decorrência, sua eficácia deriva menos das obrigações constitucionais e mais da forma como

historicamente esses serviços se organizam em cada setor particular. A municipalização dos serviços de saúde não foi acompanhada de redução das desigualdades intermunicipais de sua oferta; e a complementação orçamentária da União para o ensino fundamental tem tido resultados quase nulos nas desigualdades interestaduais de padrões de gasto, em parte porque essas desigualdades apresentam reduzido efeito redistributivo. (ARRETCHE, 2004)

Além disso, o dogma da escassez de recursos – que iguala a quantidade existente de recursos materiais à quantidade de dinheiro para consumir no mercado – converte em “racional” a ação estratégica de apropriação dos recursos necessários para “jogar” no mercado e atribuir ao “irracional” ou “antieconômico” qualquer esforço para criar condições dignas de vida para todos que extrapolem esses limites. No entanto, a Constituição assegura à população, em situação de risco e vulnerabilidade social ou com seus direitos já violados, o direito de receber do Estado e da sociedade civil os mínimos sociais para uma vida digna, sem o quê não se pode falar em cidadania. As políticas sociais se constituem, por isso, em uma condição da estabilidade social para o desenvolvimento econômico, se integradas de modo que, no mínimo prazo possível, retirem essas parcelas populacionais da situação em que se encontram e, emulativamente, propiciem-lhe condições de autossuficiência, para alcançar sua efetividade.

É nessa perspectiva, aliás, que se supera o falso dualismo entre políticas qualificadas como meramente assistencialistas e as que objetivam a autossuficiência, por meio da geração de renda própria.

3.5. Natureza política dos direitos sociais

Como vimos, os direitos sociais universais contêm um sentido político unitário, como manifestação específica do Estado Democrático de Direito perante o conflito social, decorrente dos requisitos de sua institucionalidade. Mas, em seu conjunto, expressam-se como direitos da pobreza; visto que,

embora se instituem sob o signo da universalidade, são dirigidos às parcelas da população que, por falta de renda ou renda inferior, não têm acesso aos bens de consumo integrativos das necessidades básicas e dos mínimos sociais. Mas também e por isso mesmo, manifestam sua unidade, assente no princípio da proteção integral, que lhes permite integrar reciprocamente suas distinções internas e singulares (saúde, educação, assistência social, alimentação e outros direitos), sob o conceito de cidadania. Vejamos em que consiste essa contradição de sua unidade conceitual com a instituição da cidadania.

a) Os direitos sociais como direitos da pobreza

São direitos que resultam da concepção do Estado democrático, formulada pelos constituintes de 1987, em um ato político emanado da Constituição, segundo o qual institui fundamentos políticos (art. 1º) e objetivos fundamentais (art. 3º) e com base nos quais atribuiu ao Estado o dever de intervenção no conflito social. Mas, igualmente, são expressão dos movimentos e associações que os demandam, de baixo para cima, porque, além de decorrerem do conflito econômico e da intervenção do Estado, em sua existência objetiva, suscitam a indagação de sua própria instituição, como expressão e metamorfose do conflito social, sob a ótica dos sujeitos que os invocam, como cidadãos. Em outros termos, não como respostas possíveis e diversificadas das determinações econômicas do mercado globalizado e do desemprego massivo, mas como sujeitos em suas exigências de igualdade e liberdade, segundo os pressupostos do pacto social clássico que deu fundamento à instituição do Estado nacional, e da cidadania. Não os direitos como discurso humanitário e abstrato, uma objetividade da resposta estatal à questão social, mas como elaboração política que define o terreno do conflito social e expressa sua visibilidade. Expressam, dessa forma, o conflito e o dissenso em torno mesmo da medida da igualdade e da liberdade e do princípio da justiça social; expressam a contradição entre o estatuto constitucional da cidadania, que eleva as políticas sociais a políticas de Estado;

e as políticas de governo de oferta de bens e serviços aos pobres e excluídos, em que “(...) o usuário desses serviços não se configura como um cidadão, mas efetivamente como um carente, e como tal, não portador de direitos, mas sim dependente da boa vontade dos agentes estatais (...)” (COHN, 2.000, p. 394).

Do ponto de vista dos seus titulares, tal contradição coloca então o questionamento sobre o modo como os direitos sociais objetivam superar a desigualdade, a própria desigualdade que suscitam, que põem na cena política, na tessitura polêmica da cidadania.

Ora, são direitos que visam assegurar o acesso a distintas, desiguais e diferentes necessidades, consideradas básicas para a sobrevivência das pessoas: a moradia, a saúde, a alimentação e assim por diante. Essas diferenças predeterminam suas distintas histórias, que as distinguem uns dos outros. Mas, por outro lado, são direitos que evidenciam uma unidade conceitual, um traço específico, que nos permite reapreendê-los como um todo: visam atender tão somente aos mínimos sociais ou, pelo menos, às necessidades básicas da população. A questão que se coloca, portanto, é se, em consequência, expressam a própria frustração do pacto social clássico que, ao renegar o absolutismo e o patrimonialismo, instituiu a utopia de uma sociedade livre e na qual todos os cidadãos deveriam ter assegurado, não apenas o direito à satisfação das necessidades básicas, mas o acesso ao poder e à riqueza, segundo os méritos individuais.

Essa questão é própria do Estado Democrático de Direito, distinta dos governos que o deviam implementar e define sua especificidade, nessa parte, porque o neoliberalismo já não formula mais esse debate, ao desistir da tese clássica do pacto social e declarar inexoráveis os efeitos do mercado no desemprego, vulnerabilidade social e acesso aos direitos sociais. A pobreza é assim naturalizada, reduzida aos efeitos das relações de mercado, dentro do possível, sem outras alternativas e até mesmo excluída do contrato social. Diz Cohn (2000, p. 400):

“Naturaliza-se a pobreza. Ela agora faz parte de uma fatalidade, fruto da globalização, e portanto criada por um fato externo à nossa

realidade (...) porque a questão social passa a ser remetida, no debate político, a esse campo restritivo de alívio da pobreza.“

Dessa forma, a teoria clássica da igualdade e da liberdade reduz-se, agora, à garantia dos mínimos sociais aos excluídos e marginalizados (art. 3º inciso III) e por isso assenta em um pressuposto político que, portanto, é pré-igualitário, sequer previsto nos prolegômenos do contrato social; sendo assim desfigurados os valores fundadores da modernidade. Os mínimos sociais são assim qualificados como sinônimos de necessidades vitais ou de sobrevivência, reduzidos à lei natural da vida e da morte; tornam-se, portanto, em um modo peculiar de desalojar a pobreza da responsabilidade pública e realocá-la no terreno da natureza e do destino. Com isso, esta é projetada para fora da esfera propriamente política de deliberação, já que pertinente às supostas leis inescapáveis da economia. Uma medida igualitária que sequer almeja cumprir o contrato social, agora restringido ao estágio anterior da barbárie pré-estatal (segundo os iluministas), configurado apenas pelos imperativos das necessidades básicas; uma noção pré-social da igualdade e uma medida que não diz respeito ao contrato social, mas a algo que lhe é anterior, aos imperativos, apenas, da sobrevivência. Um plano em que a igualdade e a justiça não mais constituem a cidadania, sendo dela excluídas; enfim, uma concepção de pobreza despojada da dimensão ético-constitucional.

Com tal nivelamento, emerge o discurso da impotência e da resignação, tal como em relação à vida e à morte, em que não há imputação axiológica e nem discernimento entre o justo e o injusto; não se coloca o conflito entre justiça e injustiça, no campo do imperativo inarredável da sobrevivência. Esse expurgo tem o condão de torná-la imperativa e destinada às leis inescapáveis da economia, que se tornam, assim, um fato a ser apenas lamentado, porém... inevitável (CASTEL, 1995).

A postura neoliberal, entretanto, não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, como vimos; primeiro, porque a Constituição de 1988 declara-se, expressamente, pela erradicação da pobreza e pela igualdade social; e, segundo, porque, instituído também como Estado de Direito, retomou

os direitos civis e políticos, instituídos pelo pacto liberal e garantidores do acesso de todos aos bens sociais.

De fato, conforme Telles (2008), a instituição dos direitos sociais expressa o contraste com a realidade da pobreza, desigualdade e exclusão social. Mas, o discurso neoliberal declara a ineficácia desses direitos face à prevalência das relações autoaplicáveis do mercado, da revolução tecnológica, da reestruturação produtiva, custos e ônus, para assim legitimar essa impotência e se limitar ao discurso da justa indignação. Ora, mais do que a análise das desigualdades sociais, a instituição dos direitos sociais universais suscita a questão da responsabilidade pública; mais do que a desigualdade brutal e os princípios igualitários legais, da impotência em alterar a realidade social e a tendência atual de flexibilização desses direitos. Tomar isso como pressuposto de análise seria apenas lamentar a impotência governamental.

A questão, portanto, é partir dos problemas que os direitos suscitam e problematizar as urgências que colocam, pois expressam a ordem política e seus dilemas.

Desde logo, esses problemas decorrem da crise dos modelos de proteção social: a ordem programática face ao mundo social, as exigências de justiça social e os imperativos da eficácia da economia e a lógica devastadora do mercado. Essas disjunções inauguraram uma nova fase da questão social, premida sob essa lógica. Antes de tudo, uma contradição que nos remete à origem dos direitos sociais: o mundo social e o universo político da cidadania, a exigência ética de justiça e os imperativos da eficácia da economia (CASTEL, 1995). Não se trata, portanto, do determinismo econômico e tecnológico, hoje em dia mais do que nunca revigorado, mas do sentido político-constitucional inscrito nesses mesmos direitos. As diferenças sociais (classe, gênero, etnia, renda, etc.), ainda segundo Telles (2008), expressam-se neles sob a ótica dos sujeitos que os pronunciam, por meio dos quais se singularizam nos conflitos sociais; são a expressão dos critérios pelos quais os conflitos são problematizados em suas exigências de justiça social. Isso evidencia que não são meras defesas corporativas de interesses e que não se revelam como simples respostas do Estado face ao mundo social, meras contrapartidas das

necessidades e carências de seus titulares. Revelam, ao contrário e em primeiro lugar, que são a expressão singular dos princípios universais da cidadania; uma expressão dos critérios pelos quais se problematiza a questão social. Nesse sentido, contrastam com a linguagem dos deserdados da sorte, dos pobres, carentes e fracassados, sob o determinismo das leis do mundo das necessidades. Expressam, não propriamente esses elementos do discurso humanitário, mas os direitos, suas conquistas e a plena realização da cidadania. Em segundo lugar, expressam a concepção política das desigualdades sociais, o mundo da cultura e dos valores ético-constitucionais e não o problema da pobreza como objeto de medidas tecnocráticas de especialistas em programas sociais como solução do discurso técnico a ser gerenciado. Trazem à tona o discurso da igualdade, de cidadãos como sujeitos ativos e participantes, em uma linguagem pela qual elaboram politicamente suas diferenças porque, ao reafirmarem o pacto social, assentam-na no valor da igualdade e da justiça social e da dignidade, o que pressupõe, não a política como consenso, mas o conflito entre a distância da promessa da lei e a realidade das desigualdades sociais, colocando à prova os princípios universais da cidadania, justamente o terreno onde se dá esse conflito. Não o conflito singular de determinadas parcelas da população, em suas diversidades; mas, no fundo, o próprio discurso clássico que divulgou as ideias de igualdade, liberdade e solidariedade; um conflito que atinge a todos, como uma problemática comum. Os direitos sociais evidenciam as contradições sociais, pois, no limite de sua efetividade, negam o próprio capitalismo (moradia para todos, pleno emprego, etc.), visto que sua inefetividade expressa a omissão de sua colocação nas mediações políticas entre o mundo social e as esferas públicas, de modo que estas não explicitem os conflitos e os dissensos; ao contrário, os ocultem.

O discurso neoliberal recusa a alteridade e obstrui, por isso mesmo, a dimensão ética da vida social por via da recusa dos fundamentos da responsabilidade pública e obrigação social. A recusa ou inefetividade dos direitos significa a erosão das mediações políticas entre o mundo social e as esferas públicas, de tal modo que estas se descaracterizam como esferas de

explicitação dos conflitos e do dissenso, de representação e negociação, o que torna o mercado como o único estruturador da sociedade e da política e delega ao Estado apenas a administração tecnocrata dos conflitos e a vinculação das políticas sociais ao desenvolvimento econômico (desenvolvimentismo) e à política orçamentária. O encolhimento da cena política tem assim o efeito de tornar invisíveis as realidades que os direitos expressam, como vimos. É o privatismo neoliberal que promove essa invisibilidade e sua superação é um desafio que “(...) implica deslocar a questão social do âmbito da pobreza para o da desigualdade social, vale dizer, de transformar a questão social numa questão redistributiva de riqueza e poder ” (COHN, 2000, p. 402).

b) Unidade conceitual e integralidade recíproca

Mas, além disso, os direitos sociais revelam uma outra unidade, que suscita sua integralidade e universalidade. Isoladamente concebidos, nesse limite perdem seu sentido originário, porque, para sua realização efetiva, suscitam logicamente uns aos outros, sem o quê se tornam incompreensíveis e irrealizáveis; o direito à moradia, em sua efetividade, implica no acesso ao transporte, posto de saúde local, escola dos filhos e segurança pública, por exemplo. Sua integração, nela incluídos os clássicos e os universais, unifica-os como expressão do direito de cidadania, pano de fundo de sua aparência imediata. Mais do que isso, evidencia que, isoladamente concebidos, não passam de uma abstração. Por isso, o cerne da efetividade das políticas sociais assenta na concepção da proteção integral ou universalidade.

Os direitos devem ser concebidos, portanto, não somente em sua singularidade, certamente imprescindível, mas também sem perda de sua unidade jurídico-institucional, como expressão de uma nova concepção dos direitos da cidadania (ver PARTE I Capítulo I letra d), em sua integralidade. Porém – e aqui reside a questão – não é essa a concepção reinante, entre os estudiosos dos direitos sociais, acima criticada, que não lhes apreende sua distinção interna, e, portanto, refoge de os distinguir institucionalmente; mas simplesmente pela concepção de seu conjunto apenas em sua uniformidade e,

com isso, somente para distingui-los por critérios externos. Omitida a conceituação ontológica (substantiva), essa concepção distingue-os com base em sua teleologia e, em consequência, por meio da diversidade das políticas sociais fragmentadas, que visam implementá-los, portanto, em sua processualidade externa (adjetiva). Desse ponto de vista, os direitos sociais são qualificados, segundo a natureza e efetividade das respectivas políticas e programas sociais, necessariamente distintos uns dos outros, inclusive conforme o montante possível das respectivas dotações orçamentárias; diversificados segundo as condições sociais específicas das parcelas da população que visam atingir (focalização e setorialização). Assim, por exemplo, o direito ao trabalho é concebido conforme a política governamental de profissionalização da mão de obra, criação de empregos e seguro-desemprego (Ministério do Trabalho e Emprego); enquanto o direito à moradia se focaliza na política de urbanização de favelas e planos habitacionais (Caixa Econômica Federal).

Examinemos, por isso, os fundamentos políticos do processo institucional dos direitos sociais clássicos e universais, no Brasil, para apreender sua unidade política no interior da formação do Estado Democrático de Direito.

PARTE III – OS DIREITOS SOCIAIS E A NATUREZA DO ESTADO

CAPÍTULO I – Estado de Direito, Estado Social e Estado Democrático de Direito – Fundamentos

Os conceitos fundamentais, que distinguem essas três formas de Estado, formaram-se no processo histórico de instituição do Estado nacional, sob a égide das constituições de cunho liberal, segundo as peculiaridades da revolução burguesa, basicamente em suas vias francesa, inglesa e prussiana. Formulamo-los, apenas, especificamente com relação à apreensão da natureza institucional dos direitos sociais clássicos e universais no Estado Democrático de Direito; para, a seguir, expormos os respectivos fundamentos, evidenciando o processo por meio do qual superou e unificou politicamente o Estado de Direito e o Estado Social.

1. Estado de Direito

O Estado de Direito assegura direitos fundamentais civis e políticos e determina a separação dos Poderes, sob o primado absoluto da lei como expressão da vontade geral e da soberania nacional, emanado por ato de uma assembleia constituinte, composta por representantes eleitos pelo povo. Segundo Diaz (1969, p. 34), suas características básicas, próprias da ordem liberal, são: o império da lei, formalmente criado por um órgão representativo, composto por representantes da população (legislativo), relacionado e subordinado à lei fundamental (Constituição), à qual os detentores do Poder Público (Legislativo, Executivo e Judiciário), de alguma forma, passam a se subordinar; a divisão dos poderes: o Poder Público, considerado único e indivisível em sua natureza política, dividido organicamente nos referidos três Poderes, para evitar sua concentração nas mãos do titular do Executivo, como garantia em face do absolutismo e da ditadura; a legalidade da Administração

Pública, subordinada às leis e ao controle judicial; e a garantia dos direitos e liberdades fundamentais.

Segundo José Afonso da Silva (2005, p.112), os seus elementos distintivos básicos, na sua versão democrático-liberal, podem ser resumidos, em três itens: a submissão ao império da lei, que era a nota primária de seu conceito, sendo esta considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto por representantes do povo, mas do povo-cidadão; a divisão de poderes, separados de forma independente e harmônica, em Legislativo, Executivo e Judiciário; e o enunciado e garantia dos direitos individuais.

Portanto, o Estado de Direito, por oposição ao absolutismo monárquico, instituiu o princípio da legalidade, como atributo e requisito essencial ao exercício do poder, não mais em decorrência da vontade subjetiva e pessoal do monarca, mas em conformidade e nos limites de leis previamente instituídas, em garantia do tratamento igualitário de todas as pessoas. O poder legal desvinculou-se, portanto, da arbitrariedade absolutista, quando esta agia com base em juízos estritamente pessoais do monarca. Em outros termos, é o governo das leis, não dos homens, assente em dois valores fundamentais: o da certeza de que as leis serão cumpridas e de que todas as pessoas serão tratadas de forma igualitária. O Estado de Direito é o que se subordina às próprias leis que institui, sobretudo à lei constitucional

Mas, enquanto a legalidade se limita à obediência das leis, tal como formalmente instituídas, entretanto, a própria concepção liberal já arrazoava entre o seu exercício de forma legítima ou ilegítima. Isto porque o exercício do poder estatal, assente, apenas, na legalidade, limita-se ao modo do exercício do poder, tal qual instituído formalmente pela ordem legal; já a exigência de sua legitimidade assenta, além disso, na verificação de sua qualidade ou substância política. Assim, o poder legal somente pode ser reconhecido como legítimo, quando se encontra alicerçado juridicamente, isto é, quando a lei, formalmente instituída, é também a expressão da maioria da população, de modo que seu conteúdo ético se torne uma convicção das práticas sociais. Essa condição passou a ser uma exigência do Estado de Direito, em que a

legalidade se tornou o fundamento da própria legitimidade do exercício do poder político. Na concepção de Weber (1989, p. 128-130), somente no Estado moderno esse princípio se concretizou, na forma do poder racional-legal, cuja legitimidade decorre do fato de ser definido e exercido em conformidade com as leis. Mas porque Weber, ao contrário dos positivistas, que reduziam a legitimidade à própria formalidade legal, apreendia a legitimidade pela via empírica, não normativa, ao passar da concepção da eficácia formal do poder para a tipificação da dominação racional-legal, sob o pressuposto de que as leis expressam a vontade da maioria.

No Estado de Direito, o chefe do Poder Executivo, no presidencialismo ou o primeiro ministro, no parlamentarismo, de alguma forma ficam subordinados ao regime das leis instituídas pela assembleia de representantes eleitos pela população. O essencial é que se inaugura uma nova forma de governo, a república (revolução francesa) ou a monarquia parlamentar (revolução inglesa), mas ambas subordinadas ao Estado unitário ou federativo, que assegura, em qualquer hipótese, não somente a elaboração formal das leis por meio de representantes eleitos pela população, mas igualmente os direitos e as garantias individuais (substância política).

Sobretudo, o Estado de Direito foi instituído, na origem, sob a ideologia do liberalismo, sem o reconhecimento dos direitos sociais que, na época, emergiam do conflito entre o capital e o trabalho, relegado à sociedade civil. A concepção liberal restringia-se aos conflitos individuais, aversa à intervenção estatal na sociedade civil para resolver esse conflito. Seus teóricos e a expressão institucional dessa concepção refugiam ao reconhecimento legal dos direitos de grupos e classes sociais (direitos coletivos e sociais), limitados a declarações de princípios e à garantia dos direitos individuais. A respeito, Reale (1969, p. 251-253) resume a concepção do individualismo jurídico:

“(...) Se em um país dominar uma concepção individualista, tudo se fará no sentido de interpretar a lei com o fim de salvaguardar a autonomia do indivíduo e de sua vontade em toda sua plenitude. Ao se interpretarem os códigos, cuidar-se-á sempre de preservar o indivíduo contra as interferências do Poder Público, para se reconhecer que cada homem é o juiz maior e melhor de seus interesses e que, no fundo, cuidando de si mesmo, saberá satisfazer as exigências lícitas da coletividade como tal.”

Segundo Bonavides (2009, p.226-229), o Estado de Direito caracteriza-se por uma Constituição meramente formal, rígida, restrita à organização e funcionamento do Estado, instituída fundamentalmente por oposição ao poder absoluto, de antagonismo da sociedade civil com o poder e o Estado. A sociedade civil é despolitizada quase por inteiro, em afirmação e honra dos postulados liberais. Entre ela e o Estado cava-se um profundo fosso, a saber, uma rigorosa e nítida separação de conceitos. As Constituições liberais eram breves, porque inteiramente indiferentes ao conteúdo e substância das relações sociais, limitadas a apenas estabelecer a estrutura básica do Estado, a espinha dorsal de seus poderes e respectivas competências e a proclamar, na relação indivíduo-Estado, a essência dos direitos fundamentais civis e políticos. Prevalcia o conceito jurídico de Constituição, penosamente elaborado pelos constitucionalistas clássicos. A ordem liberal consagrou uma concepção estática do Estado e da Constituição, eliminando o problema dos pressupostos ideológicos e socioeconômicos que, entretanto, eram indispensáveis à compreensão dos conteúdos constitucionais (Bonavides, 1999, p. 216). Ainda, segundo Diaz (1972, p.32-44), no Estado de Direito, a lei só parcial e formalmente expressava a vontade geral, que correspondia, sobretudo, aos interesses da burguesia comercial, do individualismo e do direito ao uso e usufruto pleno da propriedade privada; assim como não assegurava a proteção efetiva e material dos direitos e liberdade individuais, senão de modo formal e fictício às demais classes sociais.

Impossibilitava-se, nos quadros jurídico-políticos do Estado de Direito de cunho liberal, a solução da questão social. Embora, evidentemente, se possa alegar que todos os direitos são de natureza social, visto que intrinsecamente reguladores das relações sociais. Entretanto, no liberalismo, seu fundamento é o interesse individual e o dirimento dos respectivos conflitos.

Mas, a crise do liberalismo e o acirramento dos conflitos sociais, originados do desenvolvimento do capitalismo industrial, passaram a exigir a intervenção estatal por meio da instituição de direitos que regulassem sobre interesses, vinculados à satisfação das necessidades básicas. A demanda por sua solução evidenciou, então, que o individualismo jurídico não se capacitava

a apreender a natureza jurídica desses interesses, visto que os apreendia sob a forma do contratualismo e da proteção do patrimônio, nos moldes dos códigos civis, então vigentes. A sociedade civil, estritamente desvinculada do Estado, era concebida apenas como a soma dos interesses individuais envolvidos e respectivos conflitos, sem considerar que também e, sobretudo, organizava-se em classes e categorias sociais, em que os conflitos adquiriam natureza propriamente coletiva; e que exigiam o reconhecimento de seus representantes, como titulares, independentemente dos indivíduos que as integravam. Isso impulsionou o reconhecimento jurídico-político das associações e, principalmente, dos sindicatos, tanto profissionais quanto patronais, como pessoas jurídicas, representantes desses interesses, titulares de direitos coletivos, assim legitimados.

Tais foram os fundamentos que geraram a instituição dos direitos sociais clássicos e inauguraram o Estado Social, com a revolução do Governo Provisório de 1930.

2. Estado Social

O Estado do Bem-Estar Social, Welfare State ou Estado Social decorre dos conflitos gerados pelo esgotamento do liberalismo econômico e do abstencionismo estatal. Resulta da intensificação do conflito social, da ameaça do socialismo, reforçada pelo sucesso da revolução soviética e do fracasso do fascismo e do nazismo. Institui-se como a solução adequada à ordem do capitalismo industrial, que então se implementava para superar o irracionalismo da concepção radical da liberdade do mercado e da passividade liberal; reordena a organização e operacionalidade estatal, especialmente no que se refere à instituição e regulação do mercado de trabalho e integração dos trabalhadores e do patronato, por meio dos respectivos sindicatos e à participação nas decisões políticas fundamentais do regime.

Mas, o fato é que, com ele, ainda segundo Diaz (1972, p.58), deu-se o alargamento da zona de aplicabilidade dos direitos fundamentais, como uma

tentativa de superação do individualismo, por meio da primazia concedida aos direitos trabalhistas, previdenciários e sindicais e ao regime que esse autor denomina de neocapitalismo. Por isso (1972, p.102), o Estado Social continua a ser um Estado de Direito, com tais características, porém superando o individualismo clássico liberal com a realização dos objetivos da denominada justiça social, de modo que, “(...) cumulativamente com os direitos de liberdade, institui os direitos que hoje se denominam de sociais, como um seu aprofundamento.” Torna-se um Estado Social de Direito (1972, p. 103-106), com um Executivo forte, mas não totalitário, isto é, mantendo-se como Estado de Direito. Porém, nesse processo, segundo o mesmo autor, o Estado Social revela-se, então, como a forma de transição para o Estado Democrático de Direito (1972, p. 112-132):

“(...) temo-nos referido repetidas vezes à insuficiência atual e futura do Estado social de Direito e à necessidade de vir a ser ultrapassado pela forma mais evoluída e mais compreensiva a que poderíamos denominar de Estado democrático de Direito. O processo interno que se dá no Estado de Direito passa assim por três etapas diferentes e consecutivas: liberal, social e democrática. (...) a passagem de um Estado social de Direito neocapitalista para um futuro Estado democrático de Direito edificado em princípios de caráter socialista. (...) Em tais condições, ainda que se admita que o Welfare State representou um avanço positivo em relação ao capitalismo clássico, podemos muito bem concluir que o neocapitalismo não constitui realmente um sistema de bem-estar democrático (porque) (...) voltará a dar prioridade ao “executivo não controlado” perante o “executivo forte” do Estado social de Direito. Não controlado pelos órgãos representativos do povo, mas perfeitamente controlado, claro está, pelos grandes grupos capitalistas.” (grifos do autor)

Para Vital Moreira (1973, p.115-141), enquanto o Estado liberal limitava-se ao papel de defensor da ordem e reduzia o direito unicamente à função de sancionar as relações sociais, desenvolvidas no exercício das liberdades individuais, o Estado Social sucedeu a uma nova representação, que lhe atribuiu o papel de realizar a justiça social. Em que pese a polissemia desse conceito, aplicável, inclusive, a estados ditatoriais, define-o por três ideias básicas. Um Estado que deve (1973, p.117-118)

“(…) realizar não somente a paz social, como, principalmente, garantir a todos os seus cidadãos um mínimo de bens materiais (e culturais), quer criando e propiciando as condições em que eles possam obté-los pelo seu trabalho, quer, não sendo isso possível, substituindo-se-lhes, prestando ele próprio os necessários meios de efetivação daquele objetivo (...) Em segundo lugar, ao estado é imposta uma actividade de equalização de possibilidades de acesso ao bem-estar social, quer através de uma política de distribuição de rendimentos, quer por uma política de investimentos públicos em equipamentos sociais (...). Finalmente, para além destas tarefas, ou integrando-as, cabe ao estado uma tarefa de reestruturação social tendente à integração social, isto é, a fazer alargar a todas as classes, a todos os indivíduos, a participação no poder social.” (grifo do autor)

O Estado Social assim se delimita ao âmbito dos direitos sociais clássicos, definindo-se, por isso, como um Estado trabalhista, mesmo quando institui programas sociais, sempre restritos, no entanto, direta ou indiretamente, aos conflitos entre o capital e o trabalho, porque, com relação aos universais, referidos à população excluída do mercado de trabalho, sua iniciativa é meramente assistencialista-caritativa. Nesse sentido, embora tenha instituído a educação e a saúde, não o fez como direitos subjetivos públicos, integrativos da cidadania (MARSHAL, 1967, p.84) e, portanto, sem a imposição, ao Estado, de legislação que lhes assegurasse a efetividade, no atendimento da população; com a elaboração, para isso, de um plano nacional respectivo, como política social, tal como no Estado Democrático de Direito. Ao contrário, no Estado Social, os universais foram relegados à iniciativa dos governos, porque não eram instituídos como políticas de Estado e os governos, desse período, deixaram-nos mais a cargo da iniciativa filantrópica da sociedade civil, que prestava os respectivos serviços segundo seus interesses e prioridades locais; relegados praticamente à benemerência da iniciativa privada, de modo casuístico, o que propiciava o clientelismo político, a caridade e o assistencialismo. Nesse sentido, a Lei federal n. 91 de 28/05/1935, ao criar o título de entidade de utilidade pública, para associações civis sem fins lucrativos, com a concessão de isenção fiscal ou mesmo o acesso aos fundos públicos, por meio de subvenções orçamentárias. Com relação a esses direitos, o Estado transferia prioritariamente os respectivos encargos para a sociedade civil, sem os assumir por meio da prestação de serviços públicos educacionais e de saúde, que os ordenasse em âmbito federal, estadual e

municipal, descentralizadamente, segundo as diretrizes de um plano nacional e planos estaduais e municipais; e subsumindo neles os serviços das entidades civis, como fez a Constituição de 1988. Esta, ao contrário, assumiu-os como prioridade estatal, embora também atribuídos à sociedade civil, mas agora sob controle da política pública.

O Estado de Direito distingue-se do Estado Social também porque este passou a regular uma esfera muito mais ampla de distribuição de competências políticas estatais (federal, estadual e municipal) do indivíduo e da sociedade civil. A ruptura entre esta e o Estado, própria do liberalismo, foi atenuada, com o Estado absorvendo-a lentamente, por meio de normas de política econômica e social, em que o indivíduo ficou em segundo plano. Esse longo processo significou os primórdios de sua politização que, entretanto, somente atingiu sua plenitude no Estado Democrático de Direito. Por isso, segundo Bonavides (2009, p.557), a primeira Constituição do Estado Social pôs nos alicerces da divisão dos poderes a proteção suprema dos próprios direitos fundamentais. Estes passaram a se vincular essencialmente à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, vigentes na sociedade civil, em um processo que conduziu ao significado da sua universalidade.

Mas, o Estado Social passou a se defrontar com os limites meramente programáticos dos seus princípios, por meio dos quais buscava passar de sua esfera abstrata para a ordem efetiva das normas. Se é certo que foi por meio da programaticidade que superou a rígida separação entre o Estado e a sociedade civil, é também verdade que, com ela, o fez apenas pela enunciação de princípios abstratos. Atualmente, é ainda o Estado que se defronta com o reconhecimento da eficácia vinculante desses princípios: “Sem esse reconhecimento, jamais será possível proclamar a natureza jurídica da Constituição, ocorrendo em consequência a quebra de sua unidade normativa. Não há, numa Constituição, como disse o nosso Rui Barbosa, proposições ociosas, sem força cogente.” (BONAVIDES, 2009, p. 236) E, mais adiante, sobre eficácia desses princípios:

“(…) admitidos definitivamente por normas, são normas-valores com positividade maior nas Constituições do que nos Códigos; e por isso mesmo providos, nos sistemas jurídicos, do mais alto peso, por

constituírem a norma de eficácia suprema. Essa norma não pode deixar de ser o princípio (p. 276). (...) As regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regime, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência (p. 288)(...) Como vão longe os tempos em que os princípios, alojados nos Códigos, exercitavam unicamente a função supletiva ou subsidiária, vinculados à “questão da capacidade ou suficiência normativa do ordenamento jurídico,” conforme a doutrina positivista da compreensão do Direito como mero sistema de leis, com total exclusão de valores, ou seja, com ignorância completa da dimensão axiológica dos princípios!” (p.289).

Aliás, aduz esse jurista que a crise do Estado Social

“(...) se deve fundamentalmente aos novos modelos de Estado que surgiram em substituição do clássico Estado de Direito do século XIX. Foram eles, o Estado social e o Estado socialista, ambos tão ideológicos quanto o outro que, dissimulando a ideologia, deram berço ao constitucionalismo da liberdade. Em se tratando de Estado social, concordamos, por inteiro, com Tomandl e Franz Horner quando dizem que um dos mais graves problemas do Direito Constitucional decorre de que ele realiza os fins do Estado social de hoje com as técnicas do Estado de Direito de ontem” (p. 372).

No Estado Democrático de Direito, ao contrário, as normas fundamentais superaram o abstracionismo por meio das técnicas de sua efetividade. Por outro lado, é possível observar que o Estado Social pode não ser um Estado de Direito e se configurar como ditatorial ou totalitário. Foi o que se verificou com a concepção estatizante do regime militar que, no entanto, se instaurou mantendo os quadros do Estado Social.

Com efeito, Vital Moreira, depois de alegar que o Estado Social pode ser ditatorial (1973, p.115), arrazoa que (1973, p.116):

“Certamente poucos conceitos são objeto de menos concordância do que o conceito de estado social, e poucos qualificativos se aplicam a realidades tão díspares como esse. Basta recordar que ele caracterizou, quer o estado fascista, quer o “estado-de-bem-estar” e encontra lugar em constituições tão diferentes como a Lei Fundamental de Bonn, a Constituição de V República Francesa, ou a constituição da monarquia espanhola” (LEY DE SUCESIÓN, art. 1º).

A respeito, também Bonavides (2009, p. 546) diz que:

“A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, o Portugal salazarista foram, e continuam sendo, nos dois últimos casos, Estados sociais. Da mesma forma, Estado social é a Inglaterra de Churchill e Attlee; os Estados Unidos, em parte, desde Roosevelt; a França, com a Quarta República, principalmente; e o Brasil, desde a Revolução de 30 (...) Ora, evidencia tudo isso que o Estado social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacionalsocialismo. E até mesmo, sob certo aspecto, fora da ordem capitalista, com o bolchevismo.” (grifo do autor)

De fato, não se pode qualificar o Estado de Direito como Social, de que servem de exemplo a monarquia representativa de 1824 e a república de 1891. E o Estado Social, por sua vez, também pode não ser de Direito, como foram os Estados de 1937 e o de 1967/1969. Mas não no Estado Democrático de Direito, em que a indivisibilidade, inter-relação e complementariedade dos direitos fundamentais se impuseram. Barros (2007, p. 261) apreende dialeticamente esse processo, em que o Estado Social pode-se formular contraditoriamente com o Estado de Direito, mas não no Estado Democrático de Direito. Este expressa a superação dessa contradição, por meio da síntese dos direitos civis, políticos e sociais, em uma forma superior, na qual

“(...) O Estado social contraditou o Estado liberal que contraditou o Estado absoluto. Para superar a contradição entre o liberal e o social, entre a liberdade e necessidade, devem os opostos se converter um no outro. Mas eles se convertem um no outro, transformando-se um pelo outro, para se transformarem em outro, no qual se sintetizem. O Estado social e o Estado liberal se converterão um no outro na medida em que se transformem um ao outro no terceiro em que serão um só: O Estado Democrático de Direito. Se não destruírem o velho para se incluírem um no outro, construindo o novo, o constitucionalismo pouco avançará. Um é tese, o outro é antítese e, pela própria força de sua contradição, ambos tendem a evoluir para a sua síntese. O Estado Democrático de Direito será a síntese histórica do Estado liberal de direito com o Estado social de direito”. (grifos do autor)

Também sob esse aspecto, como vimos, o Estado Social não se confunde com o Estado Democrático de Direito, porque é restrito aos direitos sociais clássicos, com a garantia ou não dos direitos civis e políticos. Ditatorial quando não os respeita, embora assegure os direitos sociais. Assim, desde 1934 até 1988, o que temos é o Estado Social, promotor da função social da propriedade e do amparo à família trabalhadora (Bonavides, 2009, p.49),

sempre restrito aos direitos sociais clássicos, com ou sem a efetividade dos direitos civis e políticos; mas não propriamente o Estado democrático, porque, para esse autor, é o Estado social da democracia participativa e da paz, como seu axioma (p. 589 e 593).

3. Estado Democrático de Direito

Passamos a referir os fundamentos institucionais que distinguem o Estado Social do Estado Democrático de Direito, para, em seguida (Capítulo II), desenvolver os traços específicos que dele decorrem.

A Constituição de 1988 é democrática pela instituição dos direitos sociais, sobretudo os universais (Moraes, 1999), promovidos em um contexto em que a democracia se tornou um direito fundamental e pressuposto necessário do respeito à dignidade.

O Estado Democrático de Direito supera o Estado de Direito e o Estado Social, porém sem excluir suas conquistas, tal como instituídas pelas constituições brasileiras do século XIX; assim como o Estado da Constituição de 1934, que inaugurou os direitos sociais clássicos; também se distingue do Estado liberal-social de 1946 e do Estado autoritário instituído pelo regime militar, aprofundado pela reforma de 1969, como vimos, em que os direitos civis e políticos foram restringidos agudamente.

A Constituição de 1988 instituiu o Estado Democrático de Direito. Qual o significado dessa qualificação, vez que nunca instituída anteriormente? Seria ela meramente retórica? De fato, o Estado foi denominado, pela República de 1891, de “Estados Unidos do Brasil,” denominação esta mantida incólume em 1934, quando se inaugurou o Estado Social, no país; assim como no Estado de 1937 e no de 1946, sendo alterada para “República do Brasil” (sem a expressão “Estados Unidos”) em 1967 e mantida na reforma de 1969. Que distinção essa qualificação formula face ao Estado Social? E com relação ao Estado de Direito? Em outros termos, a nova qualificação pode ser definida

como um Estado Social de Direito ou contém novos elementos político-institucionais que não a reduzem a essa denominação?

Para respondermos a essa indagação, fundamentamo-nos nos conceitos básicos da teoria do Estado, razoavelmente consolidados, de que o Estado de Direito é o que assegura as liberdades civis e políticas e o Estado Social o que assegura os direitos sociais. Ponderamos a inexistência de qualquer estudo cientificamente aceito, que comprove uma relação intrínseca entre os dois conceitos, isto é, de que aquele e este se instituem, sempre e necessariamente, de forma indivisível, cumulativa e complementar; ou, em outros termos, de que o Estado Social tem por pressuposto categórico o Estado de Direito e vice-versa, porque, ao examinarmos a história do Estado brasileiro, que expusemos resumidamente, constatamos que o Estado Social, inaugurado desde 1934, jamais deixou de o ser, em nosso país, até atualmente; mas não tendo sido sempre um Estado de Direito como, por exemplo, o Estado Novo e o regime militar. E, ao contrário, tendo sido de Direito sem ser Social, como foi a República de 1891.

Constatamos, assim, inexistirem quaisquer evidências teóricas e históricas de um vínculo intrínseco e inexorável entre os conceitos de Estado Social e o Estado de Direito. Formulamos, por isso, a hipótese de que justamente a qualificação de “Estado Democrático de Direito” expressa a superação histórica e lógica dessa desvinculação, com elementos institucionais distintivos, que se integram sistematicamente no conceito dessa qualificação; sem que, no entanto, resulte simplesmente da soma dos dois. Formula-se, assim, como uma síntese de sua superação histórica, com distinções e especificidades estatais originais, cuja densidade político-institucional exigiu a constitucionalidade de uma formação estatal própria, embora tenha absorvido suas instituições fundamentais. Se é verdade que o Estado de Direito não é necessariamente Social e este pode não ser de Direito, o Estado Democrático de Direito contém os direitos civis, políticos e sociais organicamente, em um único sistema jurídico-político cumulativo e vinculativo, de que são partes indecomponíveis e pressupostos mútuos, sendo por isso inconcebível que possa permanecer, como tal, sendo apenas de direito e não social ou vice-

versa. Assegura os direitos civis e políticos, os direitos sociais clássicos, mas também os universais e a democracia participativa, como condição de sua implementação vinculadamente. Sua natureza democrática, na própria qualificação do Estado, consiste, entre outros elementos, justamente, na cumulatividade intrínseca entre os direitos individuais, com os direitos sociais e sua universalização, entre os direitos e garantias fundamentais. Ao contrário das constituições de 1824 e 1891, que literalmente se omitiam dos efeitos da questão social e das constituições seguintes, que apenas instituíram os direitos sociais clássicos; o Estado Democrático de Direito institui os direitos sociais universais e a promoção de políticas públicas reguladoras, com a participação da população, tendo por pressuposto a instituição dos direitos civis e políticos, como condição da própria efetividade dos direitos sociais clássicos e universais e da democracia como seu valor intrínseco.

No Estado Social, sua formulação constitucional, apesar de conter a Declaração de Direitos e um capítulo sobre a Ordem Social e Econômica, em que essas duas ordens estavam sempre vinculadas, ainda se restringia a priorizar a organização clássica estatal, a instituição e a rigorosa autonomia dos três Poderes, suas competências, órgãos e funcionamento e a intervenção estatal meramente diretiva para a instituição dos direitos sociais. Ainda tinha por pressuposto constitucional a rígida oposição entre a sociedade civil e o Estado, este concebido como essencialmente uma ordem jurídica, nos moldes positivistas, embora já iniciado o processo de intervenção nas relações entre capital e trabalho. Uma ordem, entretanto, reduzida à legalidade e esta abstraída de qualquer conotação axiológica. Por isso, não se capacitava à universalidade dos direitos sociais. O direito social, que desenvolvia, era uma disciplina acadêmica que se estruturava apenas com base em um novo paradigma de racionalidade jurídica, na qual a justiça social era elaborada no limite do princípio de equilíbrio dos interesses sociais em conflito; porém restritos aos direitos clássicos, assim irreduzíveis à medida de justiça baseada nos valores ético-constitucionais instaurados no pórtico da Constituição de 1988. Nesse sentido, segundo Luhmann (1980), no âmbito do direito social, não há lugar para uma medida universal e geral da Justiça, pois:

“A sociedade torna-se o único princípio possível de totalização da medida do direito com base em uma lógica de acordos e acomodações sociais e políticas. Caracteriza-se por uma socialização dos riscos sociais, por meio de mecanismos de seguros, resseguros, previdência social, responsabilidade objetiva por acidentes do trabalho, etc. Socializações possíveis por meio dos princípios da solidariedade, equilíbrio e razoabilidade que passam a organizar a lógica do pensamento jurídico moderno. Um direito de interesses de grupos, das desigualdades, privilégios de grupos, tendo em vista o restabelecimento do equilíbrio material entre as partes na busca de uma justiça distributiva em oposição ao princípio da justiça corretiva predominante na lógica jurídica liberal (Aristóteles).”

Mas, no Estado Democrático de Direito, as relações da sociedade civil são priorizadas, por meio da instituição, no seu pórtico, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais,” absorvendo a sociedade civil e condicionando suas relações aos imperativos axiológicos da universalidade, sob a primazia do valor da dignidade da pessoa humana (inciso III do Art. 1º da Constituição de 1988); com fundamento no qual o Poder Público pode intervir em qualquer relação privada, de trabalho ou não, em que esse valor tenha sido afrontado ou corra o risco de sê-lo.

O Estado Social institui a prerrogativa, emanada dos prolegômenos do social-liberalismo, de intervenção na sociedade civil, mas restritivamente para a resolução da questão social. Revelava-se, apenas, pela iniciativa de intervir nas relações de trabalho, nos moldes inaugurados pelo Estado getulista (BONAVIDES, 2009, p.29-30), sem alterações fundamentais, até 1988. Tanto que o neoliberalismo, segundo Bonavides (2009, p.30-33), promoveu a crise do Estado Social em gestação, para o qual a democracia, como direito fundamental, é seu aprofundamento. Para esse autor, a democracia resulta da tarefa medular do Estado social contemporâneo, nos sistemas políticos instáveis, não somente de fazer a Constituição, mas cumpri-la. (p.186) O que, em nosso parecer, somente se viabilizou, institucionalmente, no Estado Democrático de Direito. Tanto que esse estudioso reconhece que o Estado de 1988 garante a eficácia dos direitos sociais básicos (aqui no conceito de direitos fundamentais), tendo assim superado sua natureza meramente programática, característica até então vigente. Trata-se agora, segundo ele, de aprofundar o Estado Social de 1988, vez que, para ele, o Estado democrático é

um aperfeiçoamento geracional daquele. Especificamente com relação aos direitos sociais, depois de conceituar o Estado Social na Carta de 1988 e de alertar que um dos mais graves problemas, em sua realização, é o de realizar os seus fins com as técnicas do Estado de Direito de ontem, assevera que (2009, p.372-374):

“(...) o verdadeiro problema do Direito Constitucional de nossa época está, a nosso ver, em como juridicizar o Estado social, como estabelecer e inaugurar novas técnicas ou institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos, a fim de fazê-los efetivos. (...) Por esse aspecto muito avançou o Estado social da Carta de 1988, com o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo e a inconstitucionalidade por omissão. O Estado social brasileiro é, portanto, de terceira geração, em face desses aperfeiçoamentos: um Estado que não concede apenas direitos sociais básicos, mas os garante. (...) Com efeito, não é possível compreender o constitucionalismo do Estado social brasileiro contido na Carta de 1988 se fecharmos os olhos à teoria dos direitos sociais fundamentais, ao princípio da igualdade, aos institutos processuais que garantem aqueles direitos e aquela liberdade e ao papel que doravante assume na guarda da Constituição o Supremo Tribunal Federal. (...) Como se vê, o novo texto constitucional imprime uma latitude sem precedentes aos direitos sociais básicos, agora dotados de uma substantividade nunca conhecida nas Constituições anteriores, a partir de 1934.”

Constata-se que, embora qualifique o Estado Democrático de Direito com Estado Social aprofundado, reconhece que, entretanto, contém realizações substanciais, entre elas a que supera a natureza meramente programática dos direitos. E isto se dá porque não distingue, entre os direitos sociais, os clássicos dos universais, tanto que assume a assertiva de Huber de que “o Estado de Direito foi um produto da Revolução burguesa enquanto o Estado social é um produto da sociedade industrial,” (p. 380) ainda restrito, portanto, ao conflito entre o capital e o trabalho. É incontestável tal fato, mas tão somente com relação aos direitos sociais clássicos; porque os universais são produto da globalização e da reestruturação produtiva, como vimos, o que gera distintas formas de sua efetividade. Os clássicos, assegurados por instituições do Poder Executivo e do Poder Judiciário, restritas ao âmbito federal, como vimos; os universais, por meio de políticas e programas sociais federais, descentralizados pelos Estados e municípios. Já as garantias processuais dos universais, inauguradas pela Constituição de 1988, dependem

agora da prévia instituição dessas políticas; e somente após é que o Poder Judiciário poderá assegurar o respectivo direito. Mas Bonavides reconhece que o Estado Social, na democracia, assume conotações diferenciadas das anteriores (p. 381):

“Nunca deve ficar, porém deslembado que a Constituição do Estado social na democracia é a Constituição do conflito, dos conteúdos dinâmicos, do pluralismo, da tensão sempre renovada entre a igualdade e a liberdade; por isso mesmo, a Constituição dos direitos sociais básicos, das normas programáticas, ao contrário, portanto da Constituição do Estado liberal, que pretendia ser a Constituição do repouso, do formalismo, da harmonia, da rígida separação dos poderes, do divórcio entre o Estado e a Sociedade.”

E que o neoliberalismo propugna contra esse intuito constitucional (p. 381):

“Aliás, um clima anticonstituição, ou seja, contrário ao espírito da Constituição, se está formando nas cúpulas empresariais mais retrógradas, assim como em algumas regiões da liderança política, ameaçando minar os alicerces do regime e desfigurar os valores incorporados ao texto da nova Carta. A sofreguidão privatista, a par de uma resistência à aplicação dos direitos sociais básicos, certifica tal tendência.”

Barros, porém, aprofunda essa distinção (2007, p. 235), segundo a qual o Estado Democrático de Direito não se confunde com o Estado liberal e com o Estado Social, porque vinculou os governos à prevalência de valores éticos fundamentais, que a concepção positivista reduzia ao estrito princípio da legalidade:

“O Estado Democrático de Direito busca superar o Estado liberal e o Estado social pela concreção material tanto da liberdade formal quanto da igualdade social pelas relações econômicas em que se produz – e pelas relações políticas em que se conduz – a existência social. O que impõe definir de qual direito se fala quando se trata de sujeitar o Estado ao direito. Mesmo porque pouco valem a legitimidade e o controle obtidos pela submissão do Estado ao direito, se o direito se reduz à lei que o Estado põe. A que direito deve o Estado ser submetido? Na atualidade, a principal substância moral do Estado de direito – inseparável da democracia – é a dignidade humana, como expressão axiológica da natureza humana. (...) Essa substância complexa determina os direitos em graus de fundamentalidade. Alguns até se manifestam por forma evidente: a maioria superlativa da sociedade civil. São direitos humanos superlativos. Exprimem dessa forma as valorações mais amplamente

consensuais com que a sociedade civil vela sua divisão em classes e revela os princípios mais gerais de sua civilidade, chegando aos princípios da própria humanidade. Assim, os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, ao trabalho, à família e os seus consecutivos mais imediatos, como o direito à saúde, ao meio ambiente, à locomoção, à reunião, à associação, à moradia, à educação, ao lazer e outros vão se revelando cada vez mais como direitos de todos, ainda que nem todos indaguem ou cuidem das condições materiais de fruição desses direitos. (grifos do autor)

E, mais adiante:

“Essa coerência axiológica converte em justiça social o ajustamento constitucional do Estado ao modo de produção que ele tem de desenvolver. Em última análise, não há justiça que não seja social enquanto fato e valor. Mas a justiça social enquanto valor implica a igualdade como meio para assegurar a liberdade como fim nas relações sociais, a partir das relações de produção. O que compromete a ética do capitalismo e, por reflexo, a ética do constitucionalismo com a melhor distribuição social possível dos produtos socialmente produzidos, impondo por princípio ético a menor exploração possível da mais-valia do trabalho humano, de modo a gerar condições de hegemonia e homogeneidade sociais capazes de propiciar a transformação da classe dominante em classe dirigente no bloco histórico de um capitalismo social avançado. O que importa em condicionar nesse sentido a constituição econômica à constituição política pela inserção na constituição jurídica. (...) Essa possibilidade há de ser objeto de uma concepção política que dirija o constitucionalismo para humanizar ao máximo o modo de produção da vida humana.” (BARROS, 2007, p. 257-258) (grifos do autor)

Dessa forma, para esse estudioso, o Estado Democrático de Direito, embora nos limites do modo de produção, expressa um novo patamar jurídico-institucional das relações sociais de produção, herdadas pela reestruturação decorrente das profundas alterações implementadas pelo regime militar, acima expostas, a partir dos anos 1970. (BARROS, 2007, p. 257-258)

Os direitos universais, como a saúde, a educação e a assistência social, são instituídos pela Constituição de 1988, ao contrário, segundo os princípios da descentralização e da participação das ações sociais, por exemplo, nos arts. 203 e 204, referidos à assistência social. Esses dispositivos foram regulamentados pela Lei n. 8.742 de 1993 (LOAS), que, em seu art. 5º, no inciso I, instituiu a descentralização político-administrativa para os Estados, Distrito Federal e municípios e comando único e participativo em cada esfera de governo; a participação da população, por meio de organizações

representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis; e a primazia da responsabilidade do Estado na condução da política de assistência social em cada esfera de governo. Com tais diretrizes, alterou fundamentalmente a titularidade das ações sociais, comparativamente com o Estado Social.

Outra dimensão do Estado Democrático de Direito é a inserção das atividades de interesse público na sociedade civil, até então estritamente mantidas no âmbito privado, como veremos no item seguinte.

Ao contrário do Estado Social, outra dimensão é a tendência à instituição do poder constituinte como prática constitucional permanente, na qual a constituição jurídica é concebida antes como processo do que como estrutura. Acerca dessa inovação, citando Cléve, diz Barros (2007, p.153):

“A Constituição, atualmente, é o grande espaço, o grande locus onde se opera a luta jurídico-política. O processo constituinte é, agora, um processo que se desenvolve sem interrupção, inclusive após a promulgação, pelo Poder Constituinte, de sua obra. A luta que se trava no seio da Assembleia Constituinte, após a elaboração do documento constitucional, apenas se transfere para o campo da prática constitucional (aplicação e interpretação). Por isso a Constituição há de ser visualizada como processo e como espaço de luta.”

De fato, a Constituição de 1988 é produto inovador de uma recente geração de constituições sociais, nas quais o intervencionismo se alargou grandemente. Nela, a intervenção do Estado avançou, para além dos temas tradicionais do constitucionalismo liberal e social, sobre inúmeros outros como educação (arts. 205/214), cultura (arts. 215/216), desporto (art. 217), ciência e tecnologia (arts. 218/219), comunicação social (arts. 220/224), meio ambiente (art.225), família, crianças, adolescentes, idosos (arts. 226/230), pessoas com deficiência e populações indígenas (art.231/232); com a alteração da estrutura estatal por meio dos conselhos correspondentes ou, então, agências nacionais reguladoras, a respeito (arts. 174 a 181).

Outra, ainda, é a priorização dos municípios, nas atribuições de deliberação e execução das políticas sociais, ressalvadas as competências estaduais e federais como veremos adiante.

Também a significação da instituição específica do Título VIII, sobre a Ordem Social que, em decorrência, passou a distinguir-se da Ordem Econômica e Financeira e dos valores da dignidade, do trabalho e da solidariedade; que, por isso, também de forma inovadora, foram erigidos como seus fundamentos ético-políticos. Tanto que a instituição dos direitos sociais foi amplamente concebida entre os direitos e garantias fundamentais, além dos limites do Estado Social, mesmo quando este os incorporou, porém nos limites acima expostos (PAIM, 1998, p. 299); porque, além disso, alterou a relação com a sociedade civil, com o reconhecimento da legitimidade da participação de suas representações privadas nas deliberações estatais (conselhos), no controle de sua própria execução (controle social) e com a incorporação dos valores éticos, até então inexistentes como princípios republicanos e de vigência apenas residual na ordem civil (art. 3º).

A concepção do Estado Democrático de Direito também não se confunde, por outro lado, com a ideologia estatizante, como vimos acima, porque não assume, a seu encargo, as funções que passou a considerar como atributos genuínos da sociedade civil, em sua privacidade, como a família, a comunidade e a produção e circulação de bens e serviços. Porque atribui à sociedade civil (família e comunidade) o foro legítimo da vida social, ao assegurar às entidades sindicais e associações civis, por exemplo, a legitimidade para a defesa dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos e fortalecer o Ministério Público com a ação civil pública. Democrático, porque institui um padrão público e universal de proteção social, aliado a mecanismos políticos que, pretensamente, viabilizam a incorporação da população a procedimentos de controle das decisões de interesse coletivo, como os conselhos (art. 194 parágrafo único, inciso VII), o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular das leis (art. 14 e 61 constitucional) e de sua real participação nos rendimentos da produção. (art. 3º inciso III e inciso X do art. 23) Nesse sentido, promove políticas sociais relacionadas entre os órgãos dos três Poderes, ao contrário da estrita separação liberal-social de suas funções, por meio da criação de mecanismos de sua integração funcional (art. 194). Por exemplo, com relação ao adolescente em conflito com a lei (art. 227

§ 3º inciso e art. 228), o ECA e o SINASE instituem a proteção social integral, nesse sentido, por meio da conjugação dos serviços setoriais de distintos órgãos dos três Poderes.

Embora consolide e até mesmo atualize o Estado de Direito, por meio dos princípios liberais da teoria do Estado-nação, cuja concepção ignora os conflitos estruturais ou conjunturais da sociedade civil, entretanto reconhece as desigualdades sociais e sua gênese, em última instância ou de forma imediata. Assume, por isso, o encargo público de sua superação, como vimos; e o atendimento das demandas sociais decorrentes, por meio da implementação de políticas sociais.

Para além do Estado de Direito e do Estado-Social, reconhece não somente os conflitos políticos e sociais e cria instituições para resolvê-los, mediante soluções equânimes; como também institui, para esse fim, políticas deliberadas com a participação da sociedade civil e planos e programas de sua efetivação.

Sob tal pressuposto, a constituição democrática supera, também, o princípio da igualdade formal, inaugurado pelo Estado de Direito, embora sem o suprimir, pela instituição do princípio da equidade ou igualdade real. No plano da igualdade formal, não institui discriminações positivas, por exemplo, no direito de votar e ser votado, mas reconhece, de forma inovadora, este último princípio, com relação às desigualdades sociais, ao admitir e mesmo exigir a discriminação positiva de direitos, como prioridades da população.

Assenta na concepção de que os direitos sociais são princípios constitucionais de ordenação da sociedade civil, que retiram do Estado qualquer pretensão estatizante ou tutelar, ao mesmo tempo que deles não se abstém, pois institui, formalmente, a iniciativa de sua eficácia e efetividade, por meio de políticas sociais. Por isso, reconhece a legitimidade dos grupos e categorias sociais para a representação e demanda dos direitos transindividuais e, nessa condição, sua participação na deliberação e execução das respectivas políticas. Atribui também a essas organizações a legitimidade para o controle social das atividades estatais.

Essas inovações, face ao grau de sua complexidade, resultaram na alteração da própria natureza das instituições estatais. Parece-nos que, enquanto o Estado liberal se constituía em um ente passivo, que reservava aos cidadãos a iniciativa de seus direitos; e o Estado Social, ao contrário, assumia já a iniciativa de intervir na ordem econômica, para assegurar os direitos sociais clássicos; o Estado Democrático de Direito, em síntese, institucionalizou princípios de interatividade com a sociedade civil, ora por iniciativa desta, ora daquele, para implementar as políticas governamentais.

Em resumo, distingue-se do Estado Social, pelas seguintes dimensões inovadoras, adiante examinadas especificamente, especialmente com vistas à plena realização da cidadania:

- Incorpora conteúdos sociais novos, entre eles os direitos sociais universais (democracia),—sem deixar de assegurar os direitos sociais clássicos (Estado Social) em interação necessária com os direitos civis e políticos (Estado de Direito);
- Para lhes garantir a efetividade, altera o caráter dos princípios e dos dispositivos constitucionais, até então meramente programáticos, de natureza genérica e abstrata, instituindo um conjunto de valores que não podem ser contrariados pela jurisprudência dos Tribunais e pela legislação infraconstitucional a serem priorizados na interpretação jurisdicional. A interpretação meramente formal dos princípios constitucionais, como era até então, passa a ser submetida à concepção material ou substantiva e, por isso, submetida às situações sociopolíticas, de acordo com esses princípios. Para tanto, funda-se em princípios constitucionais abertos, em decorrência de sua natureza axiológica, de modo que as demandas das categorias sociais possam por eles ser ordenadas, por meio de sua aplicação flexível, conforme sua adequação às mudanças sociais;
- Reconhece o poder e a participação da sociedade civil no Estado, inclusive quanto aos direitos das minorias; assegura a participação direta da população interessada nas decisões do governo e na fiscalização de sua respectiva execução; supera o caráter paternalista e

assistencialista do modelo de proteção social até então instituído, em que as pessoas não eram titulares dos direitos sociais, mas apenas concessionárias do Estado e da sociedade civil;

- Reconhece e institui direitos transindividuais, em decorrência do reconhecimento da pluralidade e diversidade das necessidades e anseios da população;
- Visa assegurar à população, o acesso às condições materiais de vida e do desenvolvimento da personalidade, como expressão básica da dignidade da pessoa humana, sem as quais o direito de cidadania é irrealizável;
- Promove a inclusão social das parcelas da população excluídas ou em risco e vulnerabilidade social, por meio do princípio da igualdade material, em decorrência do valor da solidariedade social;
- Promove a inclusão política (cidadania), seja individualmente (regularização da identidade e direito de voto, por exemplo), seja pela intensificação da legitimação democrática por meio de mecanismos de controle social da administração pública (orçamento público participativo, conselhos);
- Assegura ao Estado a regulação das relações privadas (civis), no sentido de as direcionar para o exercício dos valores constitucionais (dignidade, direito à vida, união estável, maternidade e outros);
- Vincula-se explicitamente à realização dos valores da ética constitucional e, por isso, assume a pessoa como centro da ação estatal; não resulta, para isso, da mera associação das instituições de Estado Social e de Estado de Direito, mas em uma nova formação estatal que, embora pondere os elementos integrativos daquelas instituições, supera-as na medida em que incorpora valores de transformação social (dignidade, erradicação da pobreza, pleno emprego e outros);
- Mantém o princípio constitucional clássico de impor limites à atividade legislativa que contrarie a Constituição (negatividade); mas supera-os em favor de sua dimensão positiva, quando o conteúdo axiológico dos

princípios constitucionais direciona a favor de sua concretização; nesse sentido impõe não somente condutas omissivas (abstenção de fazer), mas também comissivas (obrigação de fazer) de sua promoção e concretização; as leis, para ser constitucionais, não basta que sejam formalmente corretas, porque devem estar, agora, também materialmente em consonância com os valores ético-constitucionais da ordem democrática, a objetividade da ordem valorativa da Constituição, em consonância com a normatividade dos seus princípios e valores;

- Cria três decorrências fundamentais da ordem jurídico-política, vinculadas à realização da cidadania e do valor da dignidade: 1) A democracia participativa; 2) A garantia do acesso dos direitos transindividuais à Justiça, com a atribuição ao Ministério Público de um novo *status* constitucional; (2009, p.372-374). 3) e o compromisso exposto com a probidade da gestão dos recursos públicos;
- Cria novos mecanismos de controle social do poder político, que intensificam a atuação da cidadania, instituem a ação e interação do Estado em decorrência das demandas sociais (*habeas data*, direito de petição e do contraditório, iniciativa popular das leis, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção) e inauguram um novo tipo de espaço público, em que o controle social estava limitado, apenas, às instituições clássicas político-representativas;
- Supera a distinção rígida entre a atuação dos três Poderes, por meio do interrelacionamento das respectivas competências de modo a se impulsionarem mutuamente;
- Inova substancialmente com relação à institucionalização da Ordem Social, desvinculando-a da Ordem Econômica e Financeira, cujos efeitos veremos a seguir.

CAPÍTULO II – Estado Democrático de Direito – Pressupostos dos Direitos Sociais

Finalmente, expostos os fundamentos do Estado Democrático de Direito, passamos a examiná-los de forma específica, comparativamente com o Estado Social, diretamente vinculados com a natureza e distinção dos direitos sociais.

1. Estado e sociedade civil – A dimensão ética e a pessoa como centro de ação do Estado

Para apreender a natureza jurídico-institucional da alteração promulgada pela Constituição de 1988, no sentido da superação clássica e rígida entre o Estado e a sociedade civil, examinamos a gênese teórica dessa distinção, em seus conceitos básicos e suas características democráticas, com ênfase nos fundamentos ético-constitucionais.

a) Superação da dicotomia rígida entre Estado e sociedade civil

Como se sabe, até por volta dos fins do séc. XVIII, prevaleceu a concepção aristotélica pré-moderna de indiferenciação entre as relações políticas e as relações civis, em que a administração do poder não distinguia entre o Estado e a sociedade civil. Segundo Barros (2.008:37), sobre a doutrina clássica da política:

“Na realidade, a tradição do conceito aristotélico de política, envolvendo o econômico e o político em uma só esfera de relações, constituindo uma ordem política global, sobreviveu na Europa até o século XIX. Nessa organização política antiga, o fundamento era a economia doméstica ampliada: uma economia de subsistência baseada na produção agro-artesanal, completada pelos mercados locais.”

Mas, com a revolução burguesa, a formação dos Estados nacionais, o predomínio das relações de mercado e a reprodução ampliada do capital, a

organização dessas relações exigiu a separação estrita entre as relações privadas ou civis e as relações políticas ou públicas, por meio da instituição do direito privado, de que foi paradigma o Código Civil de Napoleão. Os interesses privados organizaram-se em uma esfera jurídico-política autônoma e ao Estado ficou reservada a defesa do interesse público. A sociedade civil desligou-se da administração do poder. O social separou-se do político, a sociedade econômica despolitizada dissociou-se do Estado burocratizado. A concepção teórica, que mais fundamentou filosoficamente essa distinção histórica, foi a de Hegel. A respeito, diz Barros (citando Habermas): “A repercussão na superestrutura doutrinária foi inevitável” (...) “Esse desenvolvimento acabou por exceder a capacidade explicativa da doutrina clássica da política.” Por isso, “desde os fins do século XVIII, esta se decompõe em uma teoria social fundada na economia política, por um lado, e em uma teoria do Estado inspirada no direito natural, por outro.” O ponto de inflexão foi o pensamento dialético hegeliano : “Hegel encontra-se no centro desse desenvolvimento científico (...). Foi o primeiro também a dar expressão terminológica a uma conceituação adaptada à sociedade moderna, separando a esfera política da **sociedade civil burguesa.**”

De fato, para Hegel, o Estado é o sujeito da história que racionaliza os interesses da sociedade civil ao se instituir como sociedade política, organizada pela burocracia capaz de moralizar as relações individuais e universalizar os interesses privados. Nesse sentido, Marx (1974) concebeu esse processo como uma necessidade histórica do capitalismo, que centrou a investigação científica

“no resultado de que tanto as relações jurídicas como as formas de Estado não podem ser compreendidas por si mesmas, nem pela chamada evolução geral do espírito humano, mas se baseiam, pelo contrário, nas condições materiais de vida, cujo conjunto Hegel resume, seguindo o precedente dos ingleses e franceses do século XVIII, sob o nome de **sociedade civil.**”

A distinção entre a sociedade civil e o Estado, em Marx (2008), foi assim apreendida:

“Pode-se exprimir o espírito da Idade Média desta forma: os estamentos da sociedade civil e os estamentos em sentido político eram idênticos porque a sociedade civil era a sociedade política; porque o princípio orgânico da sociedade civil era o princípio do Estado. Mas Hegel parte da separação da “sociedade civil” e do “Estado político” como de dois opostos fixos, duas esferas realmente diferentes. De fato, essa separação é, certamente, real no Estado moderno. A identidade dos estamentos civil e político era a expressão da identidade das sociedades civil e política. Essa identidade desapareceu.” (grifos do autor)

A respeito, continua Barros: (2007, p.93)

“Mesmo que a superestrutura mantenha grande autonomia em relação à base que a gera, a necessidade histórica torna-se necessidade lógica e imperativo ético. Nesses termos – como princípio imanente na constituição histórica – a dicotomia sociedade civil-Estado passou a fazer parte da lógica e da ética do capitalismo. Nas formações sociais pré-estatais, só os estratos ou estamentos sociais dominantes eram partícipes do processo político. A estratificação social e a participação política caminhavam juntas. A constituição do domínio político não se apartava do domínio econômico, mas integrava a ambos em um todo só. Porém, desde o mercantilismo, esses domínios divergiram, levando a constituição política a desapegar-se da constituição econômica. No fundo, a dicotomia do todo social em sociedade civil e Estado atendeu à lei histórica da correspondência necessária entre as forças produtivas e as relações de produção (...).” (grifo do autor)

Pondere-se, ainda, a conceituação de Gramsci sobre a sociedade civil, segundo o qual a extinção história de sua identidade com o Estado expressa a coconstituição deste por determinação da sociedade civil à sua imagem e semelhança, para proteger e desenvolver o modo de produção e otimizá-lo. Mas, face às contradições inerentes das relações de produção e os conflitos de classes, a instituição do Estado torna-se a garantia de sobrevivência da própria ordem civil; incapaz, por si mesma, por ser o reino do egoísmo, da liberdade individual e de mercado, de unificar os interesses de classe e de adequar suas relações às exigências geradas pelo desenvolvimento das forças produtivas em contradição com as relações de produção. A atividade jurídica e política profissionalizou-se e destacou-se da atividade econômica justamente para adequá-la às exigências sociais e incrementá-la em suas relações estruturais.

No entanto, com essa separação, o Estado não se torna mero reflexo superestrutural, passivo, pois adquire uma função própria, específica. Isto porque não se institui reduzido ao mero domínio da força militar. Se assim

fosse, o direito e as Constituições seriam dispensáveis. O Estado e a Constituição têm por fundamento, embora sob o pressuposto do poder coercitivo, uma força espiritual que, por isso, não pode ser unilateral. Assenta, sempre, em uma coerção decorrente de uma relação de reciprocidade e paritária, que se manifesta, nos Estados nacionais, na instituição de uma assembleia nacional constituinte, por isso mesmo dela decorrente, de que devem participar todas as forças políticas fundamentais, sob pena de ilegitimidade. Um foro em que a classe dominante tem de obter, de alguma forma, o consentimento dos dominados; e conceder, portanto, em um mínimo de reconhecimento de seus interesses contraditórios que, no limite, assegure contratualmente a estabilidade social ao modo de produção. Esse consentimento, portanto, não resulta de um ato de força, porque se os dominados fossem apenas obrigados a consentir, então não haveria motivo para Poder constituinte dele depender. O Estado, portanto, deve representar, reconhecer e atender, de alguma forma, a um determinado nível de correlação de interesses contraditórios, porque imanentes ao próprio modo de produção. O regime político-estatal manifesta, assim, não somente relações superestruturais, mas igualmente as determinações infraestruturais, conjuminadas na fase histórica em que se institui. Por isso, a Constituição expressa os limites possíveis da correlação dos interesses que o processo constituinte homologou, mais ou menos, ao atender, também, aos interesses dos dominados. Por isso, citando Lukács, diz Sartori (1994):

”Mesmo que o domínio de classe se realize, inicialmente, de forma mais direta, este não prescinde de especialistas que se encontrem aparentemente “dissociados” da sociedade. 3. Trata-se, assim, de uma dominação de classe, mas nunca uma dominação exercida com uso simples e puro da força, embora este nunca possa se extinguir em uma sociedade marcada pela existência de classes sociais. Quando os antagonismos de classe já adquiriram formas mais mediadas, reduzir a regulamentação do agir ao puro uso da força significaria chegar (...) à destruição da sociedade” (LUKÁCS, 1981b, p. XC1).

Assim, o Estado e a Constituição, na sociedade burguesa, são essenciais não somente ao exercício do poder militar, mas, sobretudo,

inerentes à luta pela hegemonia, uma temática, aliás, muito cara a Gramsci; sobretudo, quando a sociedade, a começar do liberalismo revolucionário francês, cinde-se na oposição entre o Estado e a sociedade civil, entre interesse público e privado e a luta pelo excedente social. É nesse contexto que a Constituição e o Estado, que nela assenta seus fundamentos, emergem com toda a força, para perfazer a respectiva mediação. Mediação política fundamental à reprodução da totalidade do modo de produção, em um processo real e unitário, nos limites, é óbvio, da manutenção do *status quo*. A rígida separação do Estado face à sociedade civil pressupõe, assim, sua própria contradição agônica, que encontra no Estado e na Constituição o móvel de sua mediação.

Isto porque, segundo Barros (2007, p.61-62):

“(...) a elaboração de uma Constituição pelos que representam a sociedade não visa em princípio defender a classe dominante nem a dominada, mas as relações estruturais da própria sociedade e, mormente, a estrutura basilar do modo em que se produz e reproduz a vida social. Na proporção em que fuja desse princípio, a constitucionalização corre o risco de gerar normas constitucionais socialmente ineficazes, ou seja, ineficáveis. O que comprova que o Estado não é um ente impassível e indiferente perante a estrutura social, mesmo que venha assumindo cada vez mais aquela função de mediador entre as classes sociais, que nunca lhe foi negada, a não ser por ortodoxos radicais.” (grifos do autor)

Assim, embora a superestrutura não se reduza ao Estado, é a forma da Constituição que a concentra no âmbito jurídico-político, do mesmo modo que o Estado nela se expressa, embora a ela não se reduza. Mas é o fato determinante por meio do qual tende a alcançar as demais instituições e manifestações da cultura humana – ciências, artes, religiões. A instituição do Estado expressa, portanto, não um simples reflexo mecanicista das relações de produção (Estado policial), mas um papel específico, que impulsiona a otimização do modo de produção e o eleva às novas exigências sociais. Isso significa que detém um papel de relativo impulsionamento, embora, em última análise, dentro dos seus limites e da Constituição que o expressa. É essa distinção entre a ordem política e a ordem econômica, que impulsiona a institucionalização do Estado nacional por meio da aprovação assemblear das

Constituições formais e escritas. O Estado e a Constituição perfazem, assim, a mediação entre o interesse público e os diversos interesses privados, sua unidade resultante do vetor de correlação de forças contraditórias do qual resultou o pacto constitucional. Se considerarmos a concepção gramsciana, mais ainda, a sociedade civil determina as instituições no mesmo processo em que ela é a sede histórica da ideologia, a qual atua tanto na formação, quanto na justificação das instituições. Isto porque Gramsci utiliza duas dicotomias, que só em parte se superpõem: entre necessidade e liberdade, que corresponde à dicotomia estrutura/superestrutura e entre força e consenso, que corresponde à dicotomia instituições/ideologias. Neste quadro, mais complexo do que o formulado pela concepção mecanicista, entre infraestrutura e superestrutura, a sociedade civil é, ao mesmo tempo, o momento ativo (contraposto a passivo) da primeira dicotomia e o momento positivo (contraposto a negativo) da segunda. Como momento ativo, a sociedade civil é a geratriz da liberdade em superação da necessidade e, como momento positivo, é o berço do consenso ideológico que torna dispensável o uso da força institucional. Esses conceitos articulam-se em torno do conceito-chave gramsciano, que é o de bloco histórico, por meio do qual a estrutura e a superestrutura vinculam-se organicamente. Nesse sentido, Portelli (1977, p.48):

“Retomando uma afirmação de Marx, no Prefácio à Contribuição à Crítica da Economia Política, Gramsci sublinha que qualquer análise do bloco histórico deve “evoluir nos limites de dois princípios: 1) o de que uma sociedade não se propõe a nenhuma tarefa para a qual não existam já as condições necessárias e suficientes que estariam, pelo menos, em vias de aparição ou desenvolvimento; 2) ou de que nenhuma sociedade se dissolve nem pode ser substituída enquanto não tiver desenvolvido todas as formas de vida implicitamente contidas em suas relações.” (grifo do autor)

Em qualquer hipótese, no entanto, fica claro que a coconstituição do Estado, por meio das Constituições, assegura aos agentes estatais, na forma da competência constitucional, salvo na hipótese de bonapartismo, o poder coativo bastante para unificar os interesses das classes, adequá-los ao nível de desenvolvimento das forças produtivas e mediar as demandas e conflitos sociais, nos limites possíveis, isto é, sem desestruturar o modo de produção.

Ainda, a respeito, segundo Barros (2007, p. 230), (*apud* DEFROIDMONT e MARX):

“(...) A Constituição disciplina as relações sociais – mormente as de dominação - para protegê-las contra suas próprias contradições. Assim, a forma ideal e a forma real combatem sempre. Tal processo contraditório é a própria essência da existência da Constituição, que por isso depende da interpretação, cuja missão é produzir a **síntese** que resolverá a antítese entre o ideal e o real nos casos concretos em que essa antítese não pode subsistir.”

Mas, a separação entre o Estado e a sociedade civil não significa que não estejam, desde sempre, enredados como faces da mesma moeda. Esse enredamento, no liberalismo, era negado. Na instituição do Estado Social, foi formalmente assumido desde a Constituição de 1934. De fato, se o Estado não fosse constituído, interpretado e praticado em interação com a sociedade civil, escaparia às suas determinações mais relevantes e tenderia ao autoritarismo ou mesmo à ditadura. Porém, reformar o capitalismo em qualquer sentido – como foi o caso da instauração e efetividade dos direitos sociais – implicou reaproximar o Estado com a sociedade civil, ainda mais no contexto da globalização, em que a própria soberania do Estado-Nação se tornou controversa, no mínimo. Mais do que isso, para Barros (2007, p.74), tal reaproximação sugere, no extremo, o processo da completa superação da contradição entre o Estado e a sociedade civil, no modo de produção coletivo. Nesse sentido, segundo Luckács, enquanto não superada essa contradição, a unidade entre o interesse público (Estado) e o interesse privado (sociedade civil) é a função dos direitos, que surgem como mediação entre esses interesses, para regular os conflitos fundamentais.

Porém, o que nos importa ressaltar aqui não é exatamente a questão dos pressupostos sociais da Constituição e do Estado, mas do significado político da reaproximação e interpenetração entre o Estado e a sociedade civil, instituída pelo Estado Democrático de Direito, também sob esse aspecto distinto do Estado Social. Isto porque, no Estado Democrático de Direito, o interesse público expande-se para o interior da sociedade civil, ao contrário do Estado Social; que mantinha rígida essa separação, embora relativizada com a intervenção na ordem econômica e social. Começou a expandir seus limites

principalmente a partir da II Guerra Mundial e com mais intensidade nos anos 1960. Isto se deu em resposta às reivindicações sociais, com o aumento das despesas públicas, a proliferação da legislação social e a criação de novas estruturas burocráticas. Mas entrou em crise a partir dos anos 1970, quando a conjuntura econômica inverteu-se com a perda do crescimento, acompanhada de elevadas taxas de inflação. O desemprego estrutural aumentou e a crise fiscal instalou-se. A regulamentação social do Estado deixou de ser funcional para a reprodução da estrutura econômica, em fase de recessão. Passou a prevalecer a concepção neoliberal, segundo a qual o Estado havia se expandido desmesuradamente e usurpado, sem qualquer benefício coletivo, áreas de ação social que pertenciam tradicionalmente à sociedade civil, que estaria mais bem vocacionada para geri-las. Havia de lhe devolver o que legitimamente lhe pertence, retraindo-o por meio de convênios e parcerias e diminuição das despesas públicas (LAURELL, 1995). Com essa retração, pretendia reduzir ou mesmo eliminar os direitos sociais e privatizar os serviços essenciais como a saúde e seguro social; ao mesmo tempo em que canais políticos de representação entraram em crise, tornaram-se ineficazes e a população não se sentia representada.

Mas, com fundamento na Constituição de 1988, o Estado passou a intervir nas relações civis, por meio da regulação das relações de consumo, dos direitos dos idosos, das pessoas com deficiência, da proteção às crianças e adolescentes, população em situação de rua, cotas sociais, meio ambiente, participação da população no planejamento municipal (art. 29 inciso XII), iniciativa popular das leis (art. 29 inciso XIII) e outras; em resumo, em todas as atividades privadas em que, entretanto, devam ser assegurados os direitos fundamentais. De fato, alterou substancialmente as relações institucionais com a sociedade civil. Não mais como um ente abstrato e vazio de boas intenções e sim a unificação e a constituição dos interesses civis, que em boa parte foram declarados de natureza pública, em certas condições do chamado pacto social. Reflete agora o vetor dominante do quadro de forças e interesses sociais, vigente na sociedade civil; esta configurada, assim, como o pior ou o melhor dos mundos, conforme reflita, ou não, os interesses coletivos. A Constituição

de 1988 passou a assegurar a intervenção do Poder Público, a regulação econômica e social, sobretudo, por meio de políticas públicas, sem a qual a sociedade civil se desagrega, em prejuízo desses próprios interesses.

Acerca da expansão das atividades estatais de interesse público, no interior da sociedade civil, consideramos, ainda, os fundamentos evidenciados por Cohn (2003). As políticas sociais, diz ela, expressam a luta pela democracia política e social como instrumento de rearticulação das relações entre o Estado e a sociedade civil, tendo como eixo o fortalecimento da dimensão política da vida social no próprio processo daquela articulação; ao contrário da tendência de desmobilização e despolitização da vida social e sua contrapartida no fortalecimento da sociedade civil e na retração das instituições políticas. No primeiro sentido, reconhece-se que a esfera estatal não se caracteriza mais como monopólio do espaço da esfera política, pois o próprio Estado passou a incorporar de forma ativa a sociedade civil, visto que o estatal e o político não se confundem. Nesse processo (MAIA, 2010, p. 147-174), o fortalecimento da sociedade civil implica na construção da cidadania e da democracia e repercute dialeticamente na própria democratização do Estado. Supera-se, dessa forma, o tradicional dualismo liberal e social entre Estado e sociedade civil.

Assim, não é que o Estado Democrático de Direito não deixe de ser social, mas na mesma medida em que o Estado Social também não se opunha necessariamente aos direitos civis e políticos, embora com limitações. Ocorre que é agora conceituado como democrático porque também se enraíza na sociedade civil, por meio de atividades que, embora privadas, são declaradas de interesse público, sobretudo com a formação do denominado terceiro setor, ao contrário do Estado Social. Esse fato tornou relevante a distinção que a ciência política já formulava, mas que se tornou agora proeminente, justamente quando as políticas sociais se tornaram o principal instrumento de realização dos direitos sociais universais: a sua aliança com as instituições da sociedade civil, inclusive por meio de dotações orçamentárias, desde que as suas atividades tenham fins públicos e se subordinem a essas políticas, na área da saúde, assistência social, moradia, educação, segurança, alimentação e

outras. O interesse público passa, dessa forma, a determinar a finalidade das atividades civis nesse campo.

Segundo Cohn (2003), o Estado Social entrou em crise com a globalização e a reestruturação produtiva. Passou a sofrer o impulso das contradições da globalização, sem dispor de controles institucionais para enfrentá-las, com o rompimento das fronteiras da economia nacional, a instituição de redes de relações políticas internacionais e da cultura e também da tecnologia, especialmente com a cibernética; as quais criam atualmente espaços de decisões políticas e sociais cada vez mais distantes dos espaços clássicos e tradicionais do controle estatal (crise da soberania nacional), sobre processos que se originam fora das fronteiras nacionais. Nesse contexto, tais determinações colocaram em crise a concepção clássica da teoria do Estado-nação. Assim, a inserção das atividades de interesse público na sociedade civil é uma forma específica de manifestação dessa crise e da necessidade de sua superação.

No Estado Democrático de Direito, entretanto, promoveram-se reformas administrativas de modo a permitir o envolvimento dos cidadãos nas tarefas de administração pública, para isso mais descentralizada e com a atribuição de maior participação da população na administração local (por exemplo, os conselhos municipais); assim como o incentivo à criação de estruturas comunitárias de assistência e de controle social e mesmo certa desconcentração do Judiciário (incentivo aos juizados especiais, por exemplo). Enquanto, no Estado ditatorial, a sociedade civil era a origem de todos os males a serem corrigidos pelos órgãos estatais, no Estado democrático, tal como concebido na Carta Magna, agora passou a ser o *locus* de sua regeneração. Assim, enquanto o Estado Social se expandira pela produção de bens econômicos e sociais e fortes aparatos burocráticos, o Estado democrático, apesar de se reduzir formalmente, passou a se expandir para dentro da sociedade civil, por meio de bens simbólicos (ideais e símbolos de participação, solidariedade, comunitarismo, paz e estabilidade). De um lado, retraindo a atividade estatal e atribuindo à sociedade civil tarefas administrativas de natureza pública; mas, na verdade, esse processo de descentralização formal

significou, ao mesmo tempo, a expansão das atividades públicas para dentro da sociedade civil. (SANTOS, 1993) A aparente despolitização do Estado e a desestatização da regulação social resultaram na necessidade da nova forma de organização política, por meio da atribuição institucional de encargos públicos à sociedade civil, mas de que ele é o articulador (KLIKSBURG, 2000); com a integração de um conjunto híbrido de fluxos, redes e organizações, em que se combinam e interpenetram elementos estatais e não estatais, nacionais e globais. Nesse contexto, a distinção entre atividade estatal e atividade pública, que era apenas latente no Estado Social, emergiu institucionalmente com toda clareza. Resultou da expansão das atividades de interesse público, sem alterar sua natureza, no setor privado. Na primeira instância, apresentou-se como uma decorrência da complexidade e da diversidade social que a globalização produz incessantemente, especialmente nos seus processos de exclusão social, por meio dos elementos integrativos da Ordem Social, tal como instituída no Título VIII da Constituição Federal. A premência da integração social aumentou na proporção do complexo das atividades inerentes às crescentes necessidades da população e compeliu o Estado à adoção de procedimentos que ampliaram o próprio conceito de interesse público, porém sob a forma de convênios e parcerias (PEREIRA e GRAU, 1999).

A natureza pública e privada das atividades passou, assim, a se interpenetrar crescentemente e a exigir a integração de novas leis ao regime legal e tradicional (FERRAREZI, 1998); e a sua reforma e reordenamento, de modo a manter a unidade do Estado, dentro da diversidade de demandas sociais crescentes. O ordenamento jurídico redirecionou-se em consequência com a edição de novas leis, decorrentes da fixação e definição de problemas que, na sua essência, eram de natureza pública e exigiam a reforma do Estado (FRANCO, 1998), tal como intentada pelo Ministro Bresser Pereira (PEREIRA, 1999). Têm fins públicos, mas que se realizam nos limites da esfera privada, porém, em princípio, sem perder os objetivos estatais. Traçam limites e diretivas às entidades e às organizações privadas para assegurar o interesse público.

Nesse quadro, constatamos, desde logo, que começou a se desvanecer

a concepção tradicional dualista, própria do liberalismo, mas também dominante no Estado Social, entre interesse público e privado como duas ordens estanques de atividades, tanto na forma organizativa, quanto no conteúdo de seus interesses. Ordens agora concebidas como não conflitantes, porém claramente demarcadas, segundo as disputas doutrinárias entre civilistas e publicistas, que marcaram as diversas concepções ideológicas do Estado, até inícios do século XX. Mas foi a realidade da globalização que colocou não apenas a reforma legal, assim como a própria integração de interesses, face à crescente exclusão social e demandas tecnológicas, a exigir do Estado soluções jurídicas não tradicionais, de atuação nos estritos limites do direito público, porém com apoio nas entidades e organizações sociais.

De um lado, a falta de instituições peculiares e a persistência de regras tradicionais de direito público, harmonizadas com a prática do trabalho voluntário e o exercício da cidadania; de outro, os controles sociais instituídos pelos conselhos, o princípio constitucional da participação das comunidades e o caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa (art. 194, VII CF) impulsionaram o Poder Público a processar, no campo do direito privado, as fórmulas legais adequadas mais bem condizentes com a evolução dos serviços públicos e da óbvia capilaridade social do terceiro setor e dos municípios. Daí o papel relevante das parcerias com as entidades e organizações sociais, marcadas por sua importância na descentralização e desconcentração institucional. A parceria, desde que não signifique a mera privatização dos serviços, revela assim um novo fenômeno integrativo e racionalizante; mas desde que o interesse público possa continuar prevaemente. Pode propiciar bons resultados na área social, com o alargamento das dimensões próprias ao entendimento político do Estado, desburocratizar as tarefas administrativas e assegurar, sobretudo, melhor controle social pelos próprios interessados, tanto na aplicação das verbas públicas, quanto da efetiva consecução de suas finalidades sociais. Reconhece-se, assim, mas nessas condições, o significado histórico e atual da manifesta tendência da administração pública para outorgar poderes ou delegar funções no atendimento de uma finalidade que busca integrar

socialmente a gestão pública.

Trata-se de uma longa tendência, iniciada no pós-guerra (1945), de descentralização do Estado, embora com refluxos históricos mais decorrentes dos diversos regimes políticos do que da própria natureza do Estado moderno. No plano econômico, manifestou-se inicialmente na formulação da administração indireta com as empresas públicas, autarquias e fundações e finalmente na área social e da ciência e tecnologia. Um processo por meio do qual o Estado passou a transferir competências para órgãos autônomos, com diminuição da subordinação técnico-administrativa e prestigiamento das decisões colegiadas. Mas, nesse caso, sem deixar de exercer a função de intervenção no campo econômico, com a descentralização; (Decreto-lei n. 200/67) pois, embora esses órgãos não passem da *longa manus* da administração pública, mantêm sobre essas competências as prerrogativas de discricionariedade e da conveniência públicas.

Já nas parcerias, o Estado detém forte controle das atividades, sem relegar os pressupostos da sua coordenação administrativa, indispensáveis à realização prática dos princípios da ordem social, instituídos na Constituição de 1998 e da unidade das suas ações políticas, que continuam submetidas ao princípio básico de o Estado se instrumentalizar com técnicas e procedimentos que sirvam à unidade de seus fins. No exercício de sua função de gestão pública, vigora o princípio de discricionariedade organizacional, dentro da ordem legal, segundo o qual pode, à sua conveniência, outorgar-se a realização de certos fins, por meio do terceiro setor, total ou parcialmente. Pode, por isso, recorrer a entes privados, em certas condições, que livremente estipule. Mas as formas novas, que adote, devem integrar-se à sua organização geral e, é óbvio, com as vantagens e os defeitos da natureza de suas políticas. Pelo princípio da divisão do trabalho administrativo, permite-se ampliar as suas áreas de ação política, segundo determinadas estimativas (FRANCO SOBRINHO, 1995) Em resumo, do ponto de vista do interesse público, a política de ação e os procedimentos são sempre relacionados de modo dinâmico e adquirem relevância, visto que as entidades e organizações formam um todo e estão inter-relacionadas em decorrência deles.

No entanto, em que pese a atuação do terceiro setor, a relativa erradicação da pobreza e dos processos de exclusão social evidenciou-se impossível nos quadros do neoliberalismo, especialmente no que se refere aos limites mínimos da intervenção estatal. O sucesso dessa atuação frustrou-se por ser concebida isoladamente, porque dependente da atuação do Poder Público na formulação, execução e controle de políticas sociais, cuja eficácia exigia sua atuação unificadora e planejada. Na verdade, com a globalização, a reestruturação dos processos produtivos e as diretivas estatais, fundamentadas na concepção neoliberal, instaurou-se um processo contraditório com o princípio da universalidade da seguridade social, cujas decisões não podem submeter-se à lógica do lucro (art. 4º, I LOAS); e com a natureza pública das políticas securitárias, asseguradas no art. 194 da Constituição Federal e art. 5º da LOAS; de modo que o Estado passou a transferir a respectiva execução para a sociedade civil, onde imperam a lógica do mercado, a competitividade e a privatização das responsabilidades. A questão social desvaneceu-se como conflito de classes e tendeu a se fragmentar no mero assistencialismo e na flexibilização dos direitos sociais.

Sob esses pressupostos teóricos genéricos, passamos a examinar as distinções formais acerca dos vínculos entre o Estado e a sociedade civil, mas agora quanto à especificidade dos direitos sociais.

No Estado liberal, a igualdade formal era restrita, resultante da não intervenção estatal na sociedade civil. No Estado Social, a dominação de classe se dissimulava pela máscara jurídica desenhada pelo princípio da igualdade real. Dessa forma, a teoria constitucional mascarava a desigualdade social por meio do distributivismo. Passados os efeitos predatórios do capitalismo industrial, que tinha por pressuposto o direito irrestrito da propriedade, a liberdade individual e os direitos civis e políticos, o Estado Social viu-se compelido a efetivar normas e atos de intervenção para minorar a exploração dos trabalhadores, moderar as desigualdades sociais e assegurar o mercado de trabalho por meio da garantia dos direitos sociais clássicos. Essa intervenção não significou, portanto, uma ruptura, mas uma adequação das novas relações de trabalho e preservação do modo de produção. Consistiu, em

resumo, no deslocamento da competência para resolver os conflitos sociais, até então atribuída ao próprio âmbito da sociedade civil, por meio da intervenção estatal, que assumiu, portanto, caráter público e político. Tal reforma significou, no entanto, o progresso nas conquistas dos trabalhadores e o reconhecimento dos direitos humanos, inclusive sua internacionalização. E a alteração das relações entre Estado e sociedade civil, em decorrência da politização dos direitos sociais. Nesse sentido, para Vital Moreira, (1973, p.130-131) já a partir do Estado Social, a sociedade civil e o Estado passaram a se interpenetrar, sob o fundamento da destruição do estatuto do apoliticismo da economia, isto é, sua transformação em objeto de prática política. E acrescenta:

“Para o pensamento liberal, a economia está completamente fora do domínio da política. Se esta se há-de definir como opção por determinados fins e escolha dos meios de atingi-los, a economia estava logicamente fora do seu campo, pois que nem os seus fins nem o seu processo poderiam pôr-se em causa. Para a economia a política era irracional e perturbadora. Esta era a representação adequada a uma situação em que o sistema econômico praticamente se regulava a si mesmo, em que o sistema social não estava sujeito a tensões e desequilíbrios fundamentais, advindos da economia.”

Mas, nesse processo, a politização da sociedade civil aprofundou-se com o Estado Democrático de Direito. Inicialmente, a instituição dos direitos fundamentais gerou-se, na ordem liberal, para proteger os cidadãos contra a opressão do Estado, sob o pressuposto da completa separação entre a sociedade civil e o Estado (eficácia vertical). Agora, no Estado Democrático de Direito, reconhece-se que também na sociedade civil, os próprios particulares os violam, nas suas relações privadas, no exercício do poder social e econômico. Em decorrência, diluíram-se bastante os limites dessa separação, pois o Estado passou a elevar a sociedade civil como interlocutor válido (eficácia horizontal) para reger tais relações, até mesmo no âmbito das relações familiares, em garantia dos princípios constitucionais e leis complementares, como o novo Código Civil, o Código do Consumidor, o ECA, o Estatuto do Idoso, a Lei Maria da Penha e outros. Os princípios constitucionais deixaram de ser critérios meramente hermenêuticos, apenas diretrizes para a interpretação dos códigos e leis, como arrazoava o

positivismo, para se transformarem em normas constitucionais diretamente aplicáveis às relações privadas, na ordem objetiva dos valores expressos na Constituição, bem como sua função normativa. Isto, no entanto, para assegurar a igualdade e a liberdade em seu padrão mínimo constitucional, visto que a própria ordem democrática assim exige. Nesse sentido, Bonavides (p. 476):

“Ao se exaurirem porém as potencialidades sociais, políticas e econômicas contidas naquele rígido quadro de separação entre o Estado e a Sociedade, típico da idade do liberalismo, o constitucionalismo ingressou numa fase de todo distinta, em que o Estado e Sociedade se interpenetram numa conciliação de conceitos e realidades, com alta dose de politização ou estatização (essa ocorre em casos mais extremos) das relações sociais básicas, cujo eixo de gravitação já não se contém como dantes em esfera inteiramente privatista.”

Sob esse ponto de vista, o Estado é, atualmente, a constituição da própria sociedade civil ou a ordenação fundamental do Estado e da sociedade, resultando a democracia materialmente do fato de a sociedade civil ser pluralista e demandar interesses em conflito politizados pelo Estado. Este, por isso, não resulta da vontade geral (Rousseau), do povo-massa, absoluto e unívoco, mas de cidadãos, categorias, grupos e classes em demandas resultantes de conflitos sociais antagônicos. Nesse sentido, a esfera pública é agora definida (RAICHELIS, 1998, p.82) como o

“(...) espaço de publicização de interesses heterogêneos, de confronto entre práticas sociais contraditórias e de luta pela hegemonia político-cultural em torno de projetos societários. Assim concebida, a esfera pública envolve, necessariamente, a organização de segmentos da sociedade civil ante projetos políticos e, portanto, a representação de interesses coletivos de grupos e classes sociais contrapostos.”

A instituição dos direitos sociais deixou de ser, como no Estado Social, unicamente da sociedade contra o Estado, mas também no Estado, posto que legitima sempre a ação deste, uma vez que sua presença ou intervenção se faz ora em defesa da Constituição como um todo, ora em prol da sustentação, integridade e observância dos direitos e valores fundamentais, trazendo para as instituições estatais a hegemonia da sociedade, em substituição da supremacia clássica do indivíduo. Mas sem desrespeitá-lo, posto que a proteção das instituições expande-se, nesse sentido, embora indiretamente,

quando há a imbricação da garantia das instituições com os direitos fundamentais.

Bonavides (2009, p.601-603) diz que, no Estado Social, especialmente no Estado Democrático de Direito, a tripartição e a organização dos poderes refletem, apenas, a imagem do Estado; ao passo que os direitos fundamentais, que estão no campo das relações dos cidadãos com o Estado, compõem a efígie da sociedade civil, espelhada na Constituição e por isso exibem extrema complexidade, por retratarem os fatores sociais do poder. No Estado de Direito, o campo das relações dos cidadãos com o Estado era secundário e mais no domínio das relações entre os três Poderes, onde ainda imperava a desconfiança da sociedade civil, herdada do absolutismo. No Estado Social rompeu-se essa relação direta, exclusiva e unidimensional do cidadão com o Estado; no Estado democrático foi agora substituída por uma relação pluridimensional e plurifuncional, horizontal, mediante a qual comparecem o cidadão e a sociedade. Em decorrência, a “hegemonia translada-se, então, para a Sociedade, com as novas gerações de direitos fundamentais incorporadas ao constitucionalismo contemporâneo, transformando a Constituição em ordenamento jurídico fundamental da Sociedade, e não apenas do Estado” (BONAVIDES, 2009, p. 603).

Em consequência, na passagem para a democracia (p. 611, 626 e 628):

“Os direitos fundamentais já não têm eficácia “em função da lei”, mas, ao contrário, as leis ganham eficácia “em função dos direitos fundamentais”(…) por interpretar os direitos fundamentais enquanto “valores”, e não enquanto direitos (…) porquanto não há teoria de direitos fundamentais que não seja provida de uma valoração específica. Toda teoria de direitos fundamentais é, de conseguinte, teoria de valores. É isso que marca a passagem para a democracia (p. 611 e 618): “(...) do primeiro Estado de Direito – o Estado legal, o Estado da separação dos Poderes – ao segundo Estado de Direito – o Estado Constitucional, o Estado do novo dogma dos direitos fundamentais, o Estado assentado sobre o pedestal de quatro gerações cumulativas de direitos, que culminam com o direito à democracia. (...) São, portanto, os direitos fundamentais também direitos de participação e, como tais, segundo Kirchhof, “outorgam ao indivíduo uma legítima expectativa de participar em organizações estatais, programas públicos de financiamento e participação na administração” de modo que a efetividade dos direitos fundamentais para todos os cidadãos substitui a eficácia formal clássica dos direitos civis, em que pesem os efeitos do neoliberalismo e da globalização: (p.616) “Tanto na doutrina como na práxis política, as formas liberais e globais não só desarmam, senão que enfraquecem o Estado,

obrigando-o a evacuar o espaço de fomento e proteção dos direitos fundamentais, sobretudo os de natureza social, que são os de segunda geração. Nestes, o grau de justicialidade e positividade tende a baixar em quase todos os ordenamentos contemporâneos. Tudo por obra dos sobreditos fenômenos – globalização e neoliberalismo - derivados do sistema capitalista em sua fase mais recente de expansão. Fase, sem dúvida, sombria para o futuro dos direitos fundamentais, mormente tocante ao capítulo de sua interpretação nos países da periferia desse sistema.”

Finalmente, um último elemento específico do Estado Democrático de Direito, com relação à sociedade civil, pode ser apreendido pelo fato de que, nele, a democracia não se restringe à participação da população nos processos eleitorais, como era no Estado de Direito e no Estado Social. Pressupõe, agora, uma nova forma de interpretar as funções do Estado, em decorrência do que a cidadania não se esgota nos direitos civis e políticos e nem nos direitos sociais clássicos. O Estado democrático não é um ente isolado da sociedade civil, porque age e interage mediante a atuação social, popular, de grupos, em participação direta com a administração pública. Como vimos, agrega novos mecanismos públicos e privados de encaminhamento de reclamações, propostas e demandas, como a iniciativa popular das leis. É o Estado não somente da democracia representativa mas, sobretudo, da participação. (VIANNA, 1999, p.38-44) Inaugura um tipo inédito de espaço público, desvinculado das instituições clássicas político-representativas, embora tal não signifique transformar os tribunais em regentes republicanos das liberdades positivas dos cidadãos. Tanto que a Constituição de 1988 introduziu alterações marcantes, nesse sentido, na natureza e estrutura dos três Poderes, inclusive no Judiciário, como vimos, em que sua separação clássica deixou de ser um dogma.

O conteúdo da Constituição pressupõe que a participação contém um aspecto de legitimação, porque o povo deixa de ser apenas a fonte da legitimidade democrática eleitoral; mas também a legitimação como partido político, opinião pública, grupos de interesses, como cidadãos. Uma democracia de cidadãos e não popular, no sentido rousseauiano, em que atuam agora em todos os níveis, universalmente. Porque a legitimidade não se limita, com relação à sua eficácia, ao poder político, mas ao exercício da justiça social participativa. A Constituição deixou de ser, apenas, a lei fundamental, do

ponto de vista formal e processual. Passou, também, a viger em seu conteúdo substancial, no papel de agente consolidador do Estado, em uma perspectiva ascendente de baixo para cima, ao instituir a cidadania politicamente participativa. A relação entre Estado e sociedade civil pressupõe, agora, a ultrapassagem do conceito clássico do exercício dos direitos políticos e a flexibilização do dogma da separação dos poderes.

Por isso, para Diaz, o Estado Democrático de Direito assume fortes traços do socialismo (1969, p.115 e 135) e mesmo Marshall (1967, p.97) chega a denominá-lo de “Estado socialista democrático”, por instituir os direitos sociais e manter, no fundamental, o livre funcionamento do mercado.

b) Os valores ético-constitucionais como centro do Estado Democrático de Direito

Por isso, a apreensão da natureza institucional dos direitos sociais exige-nos a referência aos seus elementos axiológicos integradores, com os quais se conecta umbilicalmente, especialmente porque suscitam o processo de universalização.

O Estado Democrático de Direito, de forma inovadora, fundamenta sua institucionalidade por meio da eleição de valores éticos fundamentais, em que se inserem os direitos sociais, que vinculam sua ação. Pela primeira vez, na história do Estado brasileiro, foram instituídos no pórtico constitucional, no Título I e II da Constituição de 1988, justamente por se constituírem em pressupostos normativos e políticos da interpretação dos demais dispositivos seguintes, referentes à própria organização do Estado e dos Poderes, competência e ação estatal. Tais valores são considerados, pelo moderno constitucionalismo, como diretrizes de eficácia plena, que não podem ser contrariadas. Ao conjunto desses valores denomina-se de “ética constitucional,” por corresponderem à garantia dos direitos humanos e por plasmarem a interpretação dos demais dispositivos constitucionais e a própria ação estatal nos três Poderes. Essa institucionalidade significa a superação da concepção do Estado de Direito e do Estado Social, que reduziam a ação do Poder

Público a dispositivos constitucionais formalmente prescritivos e programáticos. A Constituição, de forma inovadora, vinculou sua ação legislativa, executiva e judiciária, ao respeito por esse sistema axiológico, cujo conteúdo e efetividade abrangem o conjunto das classes sociais. No Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, ao situar os valores constitucionais, ainda em seu pórtico, o texto constitucional elege-os, portanto, como pressupostos da interpretação das demais normas, o que o distingue, também, nessa parte, das constituições anteriores.

Sob essa implicação, a Constituição formula um sistema que rege tanto as relações públicas quanto as relações privadas, de natureza dinâmica, que exige uma interpretação flexível de suas normas e da legislação infraconstitucional, de acordo com as situações concretas, em vista da variação de seu significado no tempo e no espaço. É justamente pela inserção desses valores que supera a concepção legalista, restrita aos interesses da classe dominante e integra o interesse comum da sociedade. É o que diz Barros (2007, p. 234):

“Desligando o direito da justiça, a redução do direito à lei geralmente faz valer, não o interesse comum de toda a sociedade, mas os interesses comuns das classes dominantes, quando não apenas os da elite política. Isto, porque, sendo o Estado “a forma na qual se resume toda a sociedade civil de uma época” facilmente ele se torna “a forma pela qual os indivíduos de uma classe dominante fazem valer seus interesses comuns”, dado que “todas as instituições comuns passam pela mediação do Estado e recebem uma forma política”. Daí, nasce “a ilusão de que a lei repousa na vontade e, mais ainda, em uma vontade **livre**, destacada de sua base concreta.” Pelo mesmo processo, “o direito por sua vez reduz-se à lei.” É contra essa redução que se ergue o verdadeiro Estado de direito: **o Estado Democrático de Direito.**”

Os valores, no pórtico constitucional, significam uma profunda alteração na concepção tradicional dos fundamentos e objetivos do Estado, que insemnam a própria concepção dos direitos sociais como núcleo da constitucionalidade do Estado. O valor da dignidade evidencia-se como última *ratio* desses fundamentos e objetivos, do qual decorrem. Seu conjunto, tendo tal valor como central, revela o deslocamento da concepção civil privatista do ordenamento jurídico para os valores ético-constitucionais. Estes se tornam o

momento em que os institutos jurídico-políticos passam a ser funcionalizados para a promoção do desenvolvimento pleno da pessoa humana.

A respeito, o magistério de César Fúza (2003, p. 29) sintetiza assim essa concepção, a seguir explicitada:

“Vive-se hoje no Brasil os alvares do Estado Democrático de Direito. Este é o momento da conscientização desse novo paradigma. Só agora assumem a devida importância os princípios e valores constitucionais por que se deve pautar todo o sistema jurídico. Constitucionalização ou publicização do Direito Civil entraram na temática do dia. O Código Civil não seria mais o centro do ordenamento civil. Seu lugar ocupa a Constituição, seus princípios e valores. Diz-se que os pilares de sustentação do Direito Civil, família, propriedade e autonomia da vontade, deixaram de sê-lo. O único pilar que sustenta toda a estrutura é o ser humano, a dignidade da pessoa, sua promoção espiritual, social e econômica. Este pilar está, por sua vez, enraizado na Constituição. Tudo isso, não há dúvida, dá o que pensar.”

Esses fundamentos e objetivos superam a concepção privatista, que predominou no Código Civil de 1916 e no ordenamento jurídico-institucional do Estado Social; que assentava no indivíduo proprietário, tendo o patrimônio como dimensão econômica e familiar da personalidade, com base no predomínio social das relações contratuais; na garantia e proteção do indivíduo e sua preservação frente ao Estado, para o qual o sujeito jurídico somente existia enquanto tal, dispondo de autonomia de vontade para a vida contratual, considerada o núcleo jurídico da sociedade civil. Nessas condições, o Código Civil constituía-se no centro do ordenamento jurídico e as constituições ficavam restritas à organicidade estatal e apenas à fonte de princípios políticos inspiradores das leis. A concepção privatista também priorizava diretamente o princípio da segurança jurídica, isto é, a garantia estatal de aplicação racional-instrumental da lei aos casos concretos (iluminismo) e do tecnicismo jurídico (positivismo) e indiretamente, apenas, a finalidade última da realização da justiça. Pressupunha-se que o princípio da segurança jurídica assegurava razoavelmente decisões justas. Garanti-lo seria, indiretamente, promover a justiça.

Com a crise do Estado Liberal e durante a vigência do Estado Social, desenvolveu-se o processo jurídico-institucional, por meio do qual os princípios gerais do contrato passaram a ser encarados não mais sob o prisma da

autonomia da vontade, de cariz individual, mas antes priorizados como fenômenos econômicos e sociais. O direito da família também se transformou, especialmente a partir dos anos 1970, premido pela inserção das mulheres no mercado de trabalho, a revolução científica e tecnológica, a migração de amplas massas populares do campo para as cidades, a proletarização da classe média, a igualdade entre os cônjuges ou companheiros e a redução do espaço de coabitação familiar. O Estado Social passou a atender, precariamente, às demandas da família operária e das camadas médias, face às mudanças paulatinas de sua moldura jurídica tradicional, pela exigência permanente de inclusão social da pessoa, por meio da aplicação e eficácia direta das normas constitucionais nas relações jurídicas privadas. Mas foi no Estado Democrático que sua base passou a ser a pessoa e seu tratamento dignitário, com a promoção prioritária do desenvolvimento do ser humano em todas as suas necessidades materiais e espirituais. Em consequência, o princípio liberal de igualdade formal foi superado pela intervenção estatal de regulação dos desequilíbrios e disparidades sociais. A família e não as instituições estatais (FEBEM, presídios, manicômios, albergues e outros) passou a ser concebida como o ambiente ideal para o surgimento de condições que permitam o pleno desenvolvimento da pessoa, em que o afeto e o sentimento de pertencimento familiar é erigido como valor jurídico de suas relações intrínsecas e os laços biológicos e patrimoniais assumem importância secundária. Na Constituição de 1988, por isso, além do reconhecimento da família pelo casamento, foram reconhecidas novas formas familiares, como a união estável (inclusive homoafetiva) e a entidade formada por um dos pais e seus filhos (monoparental) e proibidas as discriminações tradicionais entre os filhos (legítimos e ilegítimos), inclusive os adotivos.

A Constituição federal tomou o lugar antes ocupado pelo Código Civil e passou a ser o estatuto central da sociedade civil e política, conjuntamente, o que atenuou a divisão clássica entre o interesse público e privado. Seu advento significa o fim da centralidade sistêmica das relações civis, apesar de ainda persistir certa relutância, no Judiciário e nos meios acadêmicos, nessa dicotomia.

Assim, a interpretação das normas infraconstitucionais passou a se submeter aos princípios e valores que a Assembleia Constituinte identificou como prevalentes, no texto constitucional. As normas constitucionais deixaram de ser apenas princípios políticos indicativos da atividade legislativa ordinária, como eram no Estado Social e passaram a ter aplicação direta e, inclusive, autoexecutoriedade. Foi superado o ciclo por que passou o constitucionalismo brasileiro, marcado por constituições semânticas, que eram inobservadas pelo poder constituído, sem maiores reservas. Constitucionalismo entendido como expressão de princípios de natureza política, dirigidos unicamente ao próprio Estado e aos agentes públicos, incapaz de gerar direitos subjetivos. A respeito, assim arrazoou o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal (in Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.458-7/DF) :

“(...) é precário proclamar que as Constituições consubstanciam ordens normativas cuja eficácia, autoridade e valor não podem ser afetados ou inibidos pela voluntária inação ou por ação insuficiente das instituições estatais. Não se pode tolerar que os órgãos do Poder Público, descumprindo, por inércia ou omissão, o dever de emanção normativa que lhes foi imposto, infrinjam, com esse comportamento negativo, a própria autoridade da Constituição, e efetuem, em consequência, o conteúdo eficaz dos preceitos que compõem a estrutura normativa da Lei Maior.”

São os valores constitucionais que agora ocupam o vértice do ordenamento jurídico. A pessoa humana passa a ser o valor que deve orientar toda e qualquer atividade jurídica e política. Todas as ações políticas e os institutos jurídicos devem ser funcionalizados tendo como objetivo promover o pleno e integral desenvolvimento da pessoa. Qualquer concepção patrimonialista das relações privadas, que ainda persiste, em parte, no Código Civil de 2002, tornou-se incompatível, quando contraditória com os valores constitucionais. Diz-se, por isso, que as relações civis se personalizaram porque passaram a ter o ser humano como centro do ordenamento jurídico, ao invés do patrimônio. A ordem econômica, social e política é agora condicionada à garantia de uma existência digna a todo ser humano (FACHIN, 2001).

A democracia resulta da alteração da relação entre o Estado e a sociedade civil, porque aquele passou a representar a própria sociedade e a economia. Segundo Vital Moreira (1973, p.119):

“Foi a constatação de que a representação liberal da sociedade – que postulava a autossuficiência desta e a sua capacidade para propiciar a todos os seus membros, em liberdade e igualdade, as melhores condições de vida e, conseqüentemente, atirava o estado para fora dela, para uma mera função de guarda – deixou de encontrar expressão na realidade, que provocou uma nova representação dela, na qual ao estado e ao direito são atribuídas novas funções, no plano econômico e no plano social. (...) A ideia subjacente à concepção do estado social é, sem dúvida, a de que este se propõe fazer valer perante o econômico valores próprios do político e do jurídico (: justiça, igualdade, paz social, etc). (...) E se é certo que “uma decisão pelo estado social se tornou necessária”(48) essa necessidade tem de explicar-se, não a partir do estado e do direito, mas a partir da própria sociedade.” (grifo do autor)

No Estado de Direito, da ordem liberal do constitucionalismo clássico, imperava o conceito unilateral de liberdade e a concepção liberal-clássica da constituição reduzida a mera Carta de recomendações ou diretivas políticas. Mas a instituição dos direitos sociais incorporou, ao seu âmbito, as prestações do Estado, as garantias institucionais, o sentido objetivo e não meramente programático da norma constitucional e a qualificação valorativa. Hoje, a legitimidade do Estado democrático assenta em valores que tornam eficazes as regras constitucionais e dão estabilidade aos princípios do ordenamento jurídico-político. A Constituição agora é lei mas, mais do que isso, é direito e, por isso, instituída de juridicidade, de princípios e valores que formam o tecido material e o seu substrato estrutural, especialmente dos direitos fundamentais, por meio do princípio da proporcionalidade, que amplia a esfera da incidência de sua eficácia. Hoje, o centro gravitacional da Constituição não é mais a parte organizacional do Estado, a instituição dos Poderes, sua separação e competências, de formalismo sem conteúdo axiológico, em uma forma jurídica de aparente neutralidade política, típica da ordem liberal e que permaneceu no Estado social; mas a sua parte substantiva, de fundo e conteúdo, dos direitos fundamentais e as garantias processuais da liberdade; que, por isso, constam do primeiro Título da Constituição de 1988. Tornou-se a lei das leis, o direito dos direitos, o código de princípios normativos que fazem a unidade e o espírito do sistema, vinculado à edificação de uma ordem social na qual se instaura sua própria legitimidade.

Nesse sentido, Citadino (2000, p. 8-9):

“O fundamento ético do ordenamento jurídico se revela, precisamente, no momento em que a Constituição apresenta, no seu corpo normativo, um sistema de valores. Por conseguinte, a aplicação das suas normas, por via interpretativa, se torna uma realização de valores. (...) desta forma, e na linha do constitucionalismo ‘comunitário’, o cumprimento dos princípios fundamentais equivale a uma realização de valores. A dimensão axiológica supera, portanto, a dimensão deontológica, pois o conceito de bom tem primazia sobre o de dever ser, na medida em que os princípios expressam os ‘valores fundamentais’ da comunidade.”

2. A democracia direta e a participação popular – os conselhos (políticas, planos e programas) - referendo, plebiscito e iniciativa popular das leis.
O controle social

Ainda, segundo Colin (2010, p.184), o Estado Democrático de Direito resulta de um processo histórico (Estado absolutista, Estado de Direito, Estado Social) que, além dos elementos expostos nos itens anteriores, acresceu a participação popular direta deliberativa e de controle social:

“No Brasil, a perspectiva do Estado Democrático de Direito ganhou assento na Constituição Federal, e referendou a implantação e implementação de políticas públicas, como mecanismo de atendimento qualificado às demandas societárias, confinadas por fundos públicos. O acréscimo diferencial no tocante ao Estado Social de Direito recai na ampliação da participação política e do controle social, além da verticalização das provisões na seara da esfera pública como *locus* de promoção e de defesa dos direitos fundamentais. A responsabilidade do Estado brasileiro no asseguramento da condição de sujeito de direito para todos os cidadãos, dentro do enfoque do Estado Democrático de Direito, comparece como um princípio da Constituição Federal, em seus arts. 1º e 3º (...).”

Além de representativa, a democracia participativa inaugura o processo que viabiliza a expressão das lutas e movimentos sociais no interior do Estado. Nesse sentido, pode ser vista não somente como regime político, que implementa uma série de estratégias político-institucionais; mas igualmente como procedimento, em que a participação viabiliza o exercício permanente da cidadania. Pois, segundo Flores (PRONER, 2011, p. 185):

“A liberdade não termina onde começa a dos outros, como se a sociedade se compusesse de indivíduos egoístas. A liberdade

começa quando começa a do outro, pois somente através de processos coletivos e solidários podemos levar à prática o que institucionalmente entendemos por democracia.”

Trata-se de um processo em que historicamente a ação dos sujeitos tem sido fundamento para conseguir transladar para a vida pública aquilo que na sociedade civil se negava como universal. Esse movimento permite às demandas sociais que, por princípio e pela lógica do poder, limitavam-se ao âmbito privado, agora se publicizem, inseminadas de direitos e proteção social. E é justamente esse processo que permite sua universalização. Enfim, na democracia emergem espaços e relações que foram tradicionalmente tratados como privados ou particulares, de modo que a esfera pública se torna verdadeiramente pública, aberta à participação de todos, em combinação com o voto da cidadania. Mas na qual o número de votantes deixa de ser o fator decisivo de mediação das decisões políticas e sim o próprio espaço público de participação. Este é que permite a representação das heterogeneidades, em um mundo permanentemente fragmentado por dinâmicas sociais e econômicas. Assim, a própria universalidade dos direitos tem por pressuposto intrínseco o direito à universalidade da participação; da qual emerge a legitimidade não assentada nas decisões majoritárias, mas no resultado do processo participativo e deliberativo.

O Estado Democrático de Direito assegura a participação semidireta (plebiscito, referendo e iniciativa popular das leis) da população no exercício do poder; e direta, por meio dos conselhos, uma inovação inimaginável nos quadros do Estado Social. Os conselhos distinguem substantivamente o Estado Democrático do Estado Social, em que a participação popular na gestão pública sequer era prevista. A participação popular expressa o sentido da democracia direta; aliás, repugnada por Montesquieu, o mais conhecido teórico do governo por meio da representação. Lembremo-nos que criticava a democracia, que identificava com a participação direta do povo, ao dizer que (1973, p. 159): “A grande vantagem dos representantes é que eles são capazes de discutir os assuntos. O povo não é, de nenhum modo, apto a isso; o que constitui um dos grandes inconvenientes da democracia;” porque reduzia-a à democracia direta, único sentido em que o conceito era empregado

em seu tempo, contraposto ao governo representativo. Era nesse sentido que a ideologia do Espírito das Leis retroagia para criticar a democracia antiga.

A Constituição do Império declarava apenas, no art. 1º, que o Império do Brasil era a “associação política de todos os cidadãos brasileiros.” Entretanto, não reconhecia o povo como soberano e titular do Poder Público, apenas as parcelas da população que declarava como cidadãos, segundo os requisitos severamente excludentes do art. 91, com o direito de eleger representantes por meio de eleições indiretas (art. 90). A República de 1891 também não reconheceu expressamente a soberania popular, mas instituiu o regime representativo (art. 1º) e o sufrágio direto (art. 47). Já a Constituição de 1934, depois de declarar o regime representativo, foi a primeira a reconhecer expressamente a soberania popular, em seu art. 2º, ao declarar que “todos os poderes emanam do povo, e em seu nome são exercidos.” Instituiu, amplamente, a democracia representativa. Esse dispositivo foi mantido na Constituição de 1937, no art. 1º, segundo o qual “o poder político emana do povo e é exercido em nome dele, e no interesse do seu bem-estar, da sua honra, da sua independência e da sua prosperidade.” A Constituição de 1946 repetiu praticamente a declaração de 1934, no art. 1º, a saber, “todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido”. A de 1967 também, no art. 1º § 1º, assim como a Emenda de 1969, *ipsis literis*. Como se vê, na vigência do Estado Social, em suas respectivas constituições, a soberania popular manteve-se restrita à democracia representativa.

Entretanto, a Constituição de 1988 inovou substancialmente, no § único do art. 1º, com a seguinte redação: “Parágrafo Único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

A par da representação mandatária, instituiu a democracia direta, em que o povo adquiriu o direito de exercer o poder por meio de sua participação no governo. Assegurou à soberania popular, além do direito de eleição de seus representantes municipais, estaduais, distritais e federais, a participação direta ou semidireta nas decisões de governo, nos seguintes dispositivos:

- Participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos, em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação (art.10);
- Participação da população por meio do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular das leis (art. 14);
- Participação dos usuários dos serviços públicos na administração pública direta e indireta (art. 37 § 3º);
- Caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados, na Seguridade Social (art. 194 § único, inciso VII);
- Participação da comunidade na organização das ações e serviços públicos de saúde (art. 198 inciso III);
- Nos colegiados e instâncias decisórias em que os interesses dos participantes das entidades fechadas de previdência privada sejam objeto de discussão e deliberação (§ 6º art. 202);
- Participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis, no âmbito da assistência social (inciso II art. 204);
- Gestão democrática do ensino público, na forma da lei (inciso VI art. 206 e Lei n. 9.394/1996);
- Colaboração da comunidade na promoção e proteção do patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação e de outras formas de acautelamento e preservação (§ 1º art. 216);
- Participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação da política de infância e juventude (art. 227 §§ 1º e 7º).

Nesse diapasão, segundo Paz: (2002, p. 21-22)

“No final dos anos 80, com a Constituição de 1988, a categoria da participação amplia-se para as dimensões de direitos sociais e cidadania, mas por outro lado, coloca para os movimentos populares o debate e impasses da institucionalização de suas formas de

organização. A constituição cidadã, como ficou conhecida, prevê a participação direta dos cidadãos através dos chamados institutos de democracia direta ou semidireta, como o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular de lei e os conselhos de gestão de políticas públicas. A partir da Constituição de 1988 e durante a década de 90, a categoria de participação ganha a dimensão dos direitos da cidadania e de participar na elaboração, definição, gestão e na execução das políticas públicas.”

A participação formalizou-se, basicamente, por meio dos conselhos de políticas públicas. Pontes (s/data) assevera que a experiência com conselhos tem sua origem nos conselhos operários e de cidadãos. Os primeiros como uma forma organizativa dos trabalhadores no sistema de produção. Os segundos, com ou sem a participação dos trabalhadores, para deliberação e decisão sobre questões decorrentes do processo de consumo e distribuição de bens, serviços e equipamentos, principalmente públicos. São exemplos mais conhecidos, como experiências internacionais, a Comuna de Paris, vista como a primeira experiência de autogestão operária exercida por conselhos populares, em 1871, na França, nos quais os trabalhadores conseguiram exercer o governo; os sovietes russos, surgidos em São Petersburgo, em 1905, caracterizados como organismos políticos de luta pelo poder estatal, num momento de crise aguda da sociedade; os conselhos de fábricas, por volta de 1918, na Alemanha, sobre questões salariais, preços de aluguéis e gêneros de primeira necessidade, chegando a criar tribunais populares; e as comissões de fábricas italianas, que evoluíram para a formação de conselhos com características políticas.

No Brasil, as primeiras formas originárias dos conselhos surgiram com os conselhos comunitários, nos anos 1970, cuja criação, organização e funcionamento e todas as regras participativas eram de iniciativa do poder público, com a simples adesão da população. A participação da população era outorgada mas, de qualquer forma, os conselhos comunitários constituíam-se em órgãos consultivos de governo cuja participação passou a interferir nas decisões estatais. Em seguida, a partir de 1980, formaram-se os conselhos populares, sobretudo no chamado orçamento participativo, adotado em alguns municípios.

Já os conselhos de políticas públicas, em sentido estrito, resultaram da

mobilização social e dos debates públicos que precederam a instituição da Constituição de 1988. Têm sua origem nos movimentos populares, principalmente no movimento sanitarista, na área da saúde, que já havia realizado uma primeira experiência de gestão compartilhada, em 1981, com o Conselho Consultivo de Administração da Saúde Previdenciária - Conasp, de composição mista entre sociedade civil e Estado. Entretanto, foi a VIII Conferência Nacional da Saúde que estabeleceu o marco da criação dos conselhos, em seu próprio regimento (Conselho, 1986), que previa a inédita participação da sociedade civil; mas, sobretudo, na Recomendação n. 24, resultante da Conferência, que propunha a constituição do Conselho Nacional da Saúde, de composição mista entre Estado e sociedade civil, com o papel de “orientar o desenvolvimento e avaliar o desempenho do Sistema Único de Saúde, definindo políticas, orçamento e ações.”

Com o movimento surgido a partir da saúde, foram lançadas as bases que iriam influenciar os movimentos sociais e a Assembleia Constituinte para a introdução no texto constitucional do princípio geral da participação da sociedade civil na gestão das políticas públicas. Esse processo manifestou-se, desde logo, com a aprovação no regimento interno da Assembleia Constituinte, do manifesto de mais de 400 mil assinaturas, que assegurava a iniciativa popular. Além disso, também foi aprovada a possibilidade de apresentar emendas e de realizar audiências públicas nas subcomissões temáticas. No conjunto, segundo Bonavides (1996), a sociedade civil brasileira apresentou 168 emendas, para as quais foram colhidas cerca de 12 (doze) milhões de assinaturas, sendo 60% delas aprovadas e constantes do texto constitucional.

A partir da conjuntura favorável à participação popular, além dos instrumentos da democracia semidireta, a participação direta de caráter democrático e descentralizado ficou assegurada na gestão administrativa da seguridade social (saúde, previdência e assistência social), da educação, da criança e do adolescente. Com base nessas diretivas, foi sucessivamente implantada, em leis regulamentadoras, nos três níveis federativos, por meio dos conselhos, com representantes populares eleitos e representantes dos governos respectivos. A Lei n. 8.080/1990, que regulamenta o SUS e prevê a

formação dos conselhos municipais e a Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente — ECA), que igualmente prevê a criação de conselhos municipais de composição popular paritária e os conselhos tutelares, foram pioneiras na regulamentação desse princípio constitucional.

Em decorrência, a instituição dos conselhos disseminou-se em todas as atividades estatais de interesse de políticas públicas. Foram criados conselhos em todas as áreas sociais, como na saúde, educação, previdência social, criança e adolescente e conselhos tutelares, segurança pública, consumidor e da comunidade (art. 82 da Lei de Execuções Penais), desenvolvimento urbano e rural, cultura, proteção do meio ambiente, mulher, idosos, entorpecentes, alimentação escolar, habitação, comunidade negra e até mesmo em conselhos gestores de parques municipais (no município de São Paulo, por exemplo, são 33 parques) e outros. Igualmente, na elaboração dos orçamentos, a participação foi reiterada pelo art. 48 da LRF, que assegurou a transparência da gestão fiscal mediante incentivo à participação popular e pelos arts. 2º e 4º do Estatuto das Cidades (Lei Complementar n. 10.257/2001), ao instituir a gestão orçamentária participativa. Criou-se o Conselho Municipal do Orçamento Participativo - COP, um mecanismo relativamente eficiente de controle das verbas sociais, se comparado à longa situação tradicional anterior.

A participação popular tornou-se, também, uma das condições essenciais da descentralização, hoje disseminada em todos os níveis federativos, em conselhos não somente nacionais e estaduais, mas também e, sobretudo, municipais.

A Lei Orgânica do Município de São Paulo, por exemplo, prevê várias instâncias de participação direta da população, como os conselhos de representantes nas administrações regionais, segundo sua regulamentação. Depois foram regulamentados o Conselho Municipal de Saúde e a tribuna popular.

Com relação especificamente à saúde, à previdência social e à assistência social, o direito de participação na gestão foi ampliado pela EC n.º 20/98, com a seguinte redação do artigo 194, § único, inciso VII :

“Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de

ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

(...)

VII - Caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.”

A previsão constitucional implementou-se em todos os campos de políticas públicas, com prioridade na saúde, seguida da assistência social, educação, criança e adolescente, como demonstram os seguintes dados, de criação de conselhos no âmbito municipal, dez anos após a Constituição de 1988.

Pesquisa de Informações Básicas Municipais:

Tipo de Conselho	Número no Brasil
Saúde	5.425
Assistência Social	5.036
Educação	5.010
Criança e Adolescente	3.948
Trabalho e Emprego	1.669
Meio Ambiente	1.176
Turismo	858
Habitação	439
Transporte	228
Política Urbana	188

Fonte: IBGE. Diretoria de Pesquisas. Departamento de População e Indicadores Sociais. Pesquisa de Informações Básicas Municipais. 1999.

E, em decorrência do regime federativo, foram instituídos os conselhos estaduais e nacionais. Estes devem ser acrescentados aos acima enumerados, referentes aos 5.505 municípios, então existentes, aproximadamente, em inúmeros outros campos das políticas públicas, visto que a formulação de políticas de atendimento deve seguir as regras da descentralização política e administrativa, em decorrência da exigência constitucional. Ao regulamentar a participação popular, a Lei 8.069/90 criou esse novo tipo de órgão público que,

embora com autonomia, não é dotado de personalidade jurídica própria e tem composição paritária de representantes eleitos pela população e nomeados pelo governo.

Não somente deliberam sobre as políticas públicas, com ênfase no nível municipal, como também decidem efetivamente acerca de sua gestão e fiscalização e estabelecem diretrizes e estratégias de ação, prioridades, inclusive orçamentárias, regulação e normatização das ações.

Os conselhos significam uma forma especificamente democrática de controle social do Estado. Sua natureza é política, mas em um processo em construção, afetado pela injustiça social que assola o país, com grandes parcelas da população em situação de pobreza extrema, sem acesso a condições dignas de sobrevivência, principalmente com relação às políticas sociais básicas de educação, saúde, segurança, moradia, trabalho e renda. Mas a organização da população, na participação dos conselhos de políticas públicas é, sem dúvida, uma porta que se abre na construção da democracia, do fortalecimento dos municípios, de sua estrutura social e da exigência da implantação e implementação de políticas sociais.

Isto em que pesem as críticas que concebem os conselhos como meio de eliminar o dissenso social, por exemplo, de Amaral (2008, p. 89); segundo o qual, sua participação foi “criada pela racionalidade dominante que amplia as esferas de participação nos processos de gestão estatal, integrando a sociedade organizada aos seus projetos de reforma, mas, por outro lado, reduzindo, quando não suprimindo as formas de dissenso da sociedade.” Uma crítica que parece sobrepor-se ao valor da própria participação, até então inexistente, justamente nos órgãos de participação popular, que têm por pressuposto as distintas e até mesmo contraditórias manifestações da sociedade civil; e que, sobretudo, subestima uma instituição que expressa uma mudança substancial, em muito superior, do ponto de vista democrático, à simples e tradicional participação pelo voto. Porque os conselhos detêm a competência não somente de dissentir, como deliberar sobre as políticas que devem tornar efetivos os direitos sociais, elaborar o respectivo plano (nacional, estadual e municipal), decidir sobre a alocação dos recursos do respectivo

fundo e fiscalizar sua aplicação. Valorizam a organização dos cidadãos, agora constituídos em fonte direta do poder, propiciam estímulos e meios de participação na gestão dos bens públicos e influem na escolha de ações públicas prioritárias. Além dos seus efeitos pedagógicos, tornam os conselheiros mais competentes, de modo que a participação direta pode significar mudanças sociais e políticas mais profundas, pois, segundo Dagnino (2002, p. 300):

“(...) Os espaços de formulação de políticas constituem uma das múltiplas arenas em que se trava a disputa hegemônica, numa guerra de posições onde as ações pontuais, de menor escopo e significado imediato, podem vir a se acumular molecularmente na direção de minar a ordem social desigual e significar a expansão gradual de um projeto hegemônico alternativo (...)”

Além disso, expressam uma alteração substantiva também no processo de intensificação de controle da administração pública pela sociedade. Segundo Campos (2010, p. 241), o controle social expressa a incorporação de maior poder real do povo.

O referendo, o plebiscito e a iniciativa popular das leis, instituídos pelo art. 14, incisos I, II e III e art. 69 §2º da Constituição, regulamentados, em nível federal, pela Lei n. 9.709/1998, são denominados de cidadania ativa por Paulo Bonavides (1991). Os dois primeiros são anteriores à Constituição de 1988, mas a iniciativa popular das leis é uma criação desta, com alta densidade democrática, porque não se limita a responder a uma consulta dos parlamentos, mas a criar originariamente a lei.

O referendo é um instrumento por meio do qual os cidadãos, em condições de votar, se pronunciam, por sufrágio direto, a título vinculativo, sobre uma norma do governo (ato legislativo ou administrativo), ratificando-a ou não. Em 1963, por exemplo, os eleitores foram convocados a decidir se homologavam o presidencialismo no governo Goulart ou mantinham o parlamentarismo, vigente desde 1961, quando foi empossado. Também foi o caso, por exemplo, em 1993, quando os eleitores foram convocados a decidir sobre a forma e o sistema de governo monárquico parlamentar ou republicano, tal como ficara consignado no art. 2 do ADCT da Constituição. Em 2005, igualmente sobre a proibição da comercialização de armas de fogo e munições,

pela aprovação ou não o art. 35 da Lei n. 10.826 de 2.003 - Estatuto do Desarmamento. Está previsto, na Constituição paulista, no art. 20, inciso XVIII e 24 e na Lei Orgânica do Município de São Paulo, no art. 14, inciso X e art. 44.

O plebiscito, ao contrário, decorre de uma convocação do governo, antes da criação da norma, para que os eleitores se manifestem pela concordância ou não. Foi instituído, pela primeira vez, na Constituição de 1937 (art. 187), atribuído à iniciativa do Presidente Getúlio Vargas. A de 1946 previa-o, mas apenas para decisão acerca da incorporação, subdivisão ou desmembramento de Estados-membros; e a de 1967 não o instituiu. Na Constituição de 1988 adquiriu ampla abrangência, previsto nos arts. 14, 18 § 4º e 49 inciso XV, referente a qualquer questão de relevância nacional; além da hipótese, no sentido orgânico, acerca da incorporação, subdivisão ou desmembramento dos Estados e também dos municípios. Está atualmente previsto também nas constituições estaduais e nas leis orgânicas municipais e vem sendo bastante utilizado nos procedimentos de desmembramento de municípios e, pioneiramente, em 2011, no desmembramento do Estado do Pará.

Já a iniciativa popular das leis, outra inovação constitucional, alterou completamente o princípio clássico e tradicional da competência legislativa privativa dos parlamentares. Em decorrência, os projetos de lei podem ser propostos pela população, na Câmara do Congresso Nacional, nas assembleias estaduais e nas câmaras de vereadores. Seus requisitos variam segundo as leis orgânicas municipais, as Constituições estaduais, a Constituição federal e respectivas leis regulamentadoras. Sua iniciativa pode decorrer diretamente da população, mas também de entidades civis, associações e sindicatos. Em nível federal, de qualquer forma, sua propositura exige a assinatura de um por cento do eleitorado, distribuído em pelo menos cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles. Segundo o TSE, em junho/2007, havia 125.987.442 eleitores no país. Nesse sentido, na Câmara federal, foi criada, conforme seu Regimento, em 2001, a Comissão de Legislação Participativa-CLP, assim como nas assembleias estaduais e câmaras de vereadores.

O exemplo mais recente de iniciativa popular das leis foi o movimento de mobilização, liderado principalmente pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil-CNBB e pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral-MCCE, com ampla divulgação pela internet e entidades sociais, com 1,6 milhão de assinaturas e mais de 2 milhões de adesões via internet, que culminou com a aprovação da Lei Complementar n. 135/2010 (Lei da Ficha Limpa). Outros exemplos são a Lei n. 8.930/1994, que alterou a Lei dos Crimes Hediondos, após o movimento originado do assassinato da atriz Daniela Perez; assim como a Lei n. 9.840/1999, que criminalizou a compra de votos de eleitores.

Mas, sobretudo, a iniciativa popular se incrementou nos municípios, com inúmeros exemplos de projetos de leis dessa natureza (por exemplo, 57 em Governador Valadares-MG, aprovados 9 deles) (Ufpr,2010). É certo que, nesse nível federativo, ainda se limitam tradicionalmente à incorporação ou ao desmembramento territorial, sem a mobilização da população com relação aos direitos sociais, agora viabilizados pela Constituição de 1988, por exemplo como o direito à moradia, ao transporte público, cultura, saúde, educação, desporto e a parques de lazer. Mas esse movimento, sobrepujado pela grande divulgação das iniciativas em nível federal, é significativo por manifestar a prática democrática conjugada com a municipalização. Outro exemplo é a formação do Grupo de Trabalho de Controle Social, formado em 2009 pela Receita Federal, Controladoria Geral da União-CGU, Ministério Público Federal, Procuradoria da Fazenda Nacional e Secretarias Estaduais da Fazenda e da Educação, instrumentado pelo Portal da Transparência do governo federal, em uma rede nacional de fiscalização, composta de aposentados voluntários, organizados em equipes, para acompanhar a execução dos orçamentos municipais, processos de licitação, transferência de recursos federais para Estados e municípios, repasses do Bolsa Família e outras situações similares, passíveis de subsidiar a iniciativa popular (Controle Social,2010).

Além disso, há ainda outros dois mecanismos de participação popular, que são o *recall* e o veto popular, ainda não adotados no Brasil. O *recall* é um instrumento tipicamente norte-americano, por meio do qual os cidadãos podem

revogar o mandato político de determinado parlamentar. É uma consulta, solicitada por certo número de eleitores, conforme a legislação regulamentadora, para decidir sobre a respectiva destituição, com direito de ampla defesa. O veto popular constitui-se no direito de opinar sobre determinada lei, discutida ou aprovada pelo Legislativo, se será ou não vigente, dentro de certo prazo, após sua promulgação. A aprovação popular torna-se uma condição para a vigência da lei.

3. A ordem social e a ordem econômica – o determinismo econômico e as políticas de Estado

A Constituição de 1934 notabilizou-se por instituir pioneiramente o Título IV - Da Ordem Econômica e Social, repetido em todas as constituições até a Emenda Constitucional de 1969. Seu traço específico foi, em primeiro lugar, elevar a *status* constitucional a própria Ordem Social e, em segundo lugar, sua concepção no mesmo título da Ordem Econômica, como vimos. Essa ordenação consistiu em instituir as relações do trabalho remunerado, sob o regime do contrato de trabalho, que então se disseminava. Não tratava, apenas, de legitimá-las, mas também de intervir em sua forma, no sentido de assegurar aos trabalhadores direitos trabalhistas, previdenciários e sindicais, para a satisfação das necessidades básicas que viriam a ser discriminadas no art. 76 da CLT de 1943. E, de outro lado, legitimar a contratação da força de trabalho sob um regime jurídico específico, que Vital Moreira (1973) denominou de “ordem jurídica do capitalismo.” Implantou-se, dessa forma, o Estado Social, uma solução que viabilizou as condições materiais e espirituais do modo de produção contra o nazismo e o fascismo, à direita e o socialismo e o comunismo, à esquerda, que então se configuravam crescentemente. Foi a solução do regime contra essas duas tendências, na época, para atenuar os conflitos, então denominados de questão social.

Assim, a par do direito de propriedade privada, condicionado à sua finalidade social, assegurou também aos trabalhadores, no mesmo Título, o

direito ao trabalho, como contrapartida legítima daquele direito. Por isso, em seu art. 113, inciso XXXI, proclamou caber a todos o direito de prover a própria subsistência e de sua família, por meio do trabalho. E, aos que não conseguissem trabalho, qualificados “em situação de indulgência,” atribuiu ao Poder Público o dever de ampará-los na forma da lei. Nos anos 1930, por isso, o Estado passou a instituir a legislação social decorrente do processo de industrialização em curso e de integração social de amplas massas de trabalhadores. A cidadania, que nessas condições não se coadunava com a situação de indulgência, afirmava-se, portanto, nos limites do contrato de trabalho, a contribuição previdenciária (IAPs, como vimos) e o pagamento do então denominado imposto sindical.

Mas, por outro lado, a unificação da Ordem Social com a Econômica, em um único título, na Constituição de 1934, decorreu da redução dos direitos sociais aos conflitos entre capital e trabalho, com as respectivas regulamentações subordinadas, mecanicamente, aos mesmos fundamentos jurídicos e econômicos das relações econômicas; sob o pressuposto de que o desenvolvimento econômico promoveria linearmente o desenvolvimento social. As desigualdades sociais eram aí juridicamente apreendidas sob a mesma lógica de que são efeito, isto é, como contrapartida linear das relações entre capital e trabalho e, por isso, centradas no mercado de trabalho e na relação formal de emprego. Além disso, a Ordem Social configurava-se, nesse sentido, como um complexo de direitos e obrigações trabalhistas, sindicais e previdenciários, por isso, instituídos apenas sob a ótica das relações do trabalho subordinado, nas quais deviam ser integradas as amplas massas de trabalhadores, ex-escravos e imigrantes. Fora desse âmbito, portanto, os direitos das demais parcelas da população, segundo os expressos termos daquela Carta, somente poderiam se configurar como medidas de “amparo” aos desassistidos, à maternidade e à infância, educação “eugênica”, “socorro” às famílias numerosas, proteção da juventude contra a exploração e o abandono e luta contra os “venenos sociais” (art. 138) como vimos.

Cumpramos observar que as leis sindicais getulistas qualificavam os interesses capitalistas como “econômicos” e os interesses dos trabalhadores

como “profissionais” (art. 511 CLT). Nesse sentido, desde 1930 e depois de 1934, o governo sofreu de verdadeira febre legisferante, até à consolidação das normas com a CLT. Mas essa regulamentação, que assentava na concepção corporativista das relações de trabalho, vigorou até 1988, com a Ordem Social legitimada segundo os ditames da Ordem Econômica, então concebida como um sistema de relações intrínsecas, naturais e conflitivas, que a legislação apaziguaria. Tanto que também a estrutura e organização sindical, assim como as competências do Ministério do Trabalho, mantiveram-se sem modificações estruturais até 1988; com exceção da Previdência Social, em que o corporativismo foi superado pelo regime militar, como vimos e se criaram as condições que permitiram à Constituição de 1988 sua democratização.

Na Constituição de 1937, a concepção economicista da Ordem Social foi ainda mais clara reduzida, apenas, à Ordem Econômica (art. 135), por considerar aquela implícita em seus termos; tanto que regulou, entre seus dispositivos, os referidos direitos, evidenciando a mesma lógica da constituição anterior. A de 1946 retomou a concepção de 1934, por meio do mesmo título sobre a Ordem Econômica e Social (art. 145), assim como a de 1967/69 (art. 165), sempre sob a mesma concepção.

Em resumo, a unificação das duas ordens, uma característica do Estado Social, assentava, portanto, em duas concepções: primeira, a de que o social era apenas o mundo do trabalho e da regulamentação dos respectivos direitos; segunda e em consequência disso, que a Ordem Social era uma contraface da ordem econômica, em que o processo de inclusão social era concebido como um efeito imediato e mecanicista do processo de acumulação do capital, sob a concepção do desenvolvimentismo econômico, então vigente. Tanto que os direitos sociais clássicos estavam diretamente vinculados à lógica do mercado de trabalho e à obrigação contributiva dos trabalhadores.

Porém, a Constituição de 1988 instituiu os direitos sociais (art. 6º a 11) em títulos distintos, a Ordem Econômica e Financeira (Título VII) separada da Ordem Social (Título VIII), como vimos, com a instituição da seguridade social, assente no direito à saúde, previdência social e assistência social e regulamentação sobre a família, a criança, o adolescente, o idoso, entre outras

instituições, não mais sob a ótica restrita das relações de trabalho. Essa distinção não foi casuística, pois já estava claramente formulada no anteprojeto da Constituição de 1986 (Anteprojeto Afonso Arinos, 1986), embora ainda sem a elaborada distinção conceitual que lhe deu a Constituição de 1988; a evidenciar a consciência política dos constituintes acerca das novas condições sociais, políticas e econômicas exigidas pelo amplo processo de globalização e reestruturação produtiva, por que passava o país. A concepção economicista anterior, até então vigente, foi superada com a instituição dos direitos sociais universais, ao separar as duas ordens; de modo que a Ordem Social deixou de ser concebida mecanicamente com mero reflexo superestrutural daquela e se tornou uma concretização axiológica dos direitos fundamentais, a ser implementada pelo Estado, com relação a toda população. A implementação dos direitos sociais foi assim desvinculada da lógica do mercado, como seu efeito para, ao contrário, instituir-se como dever de iniciativa do Estado para a satisfação dos mínimos sociais, tendo como único parâmetro os direitos da cidadania. Uma ação estatal pública desvinculada do desenvolvimento econômico, do mercado de trabalho e da lógica do lucro; um dever universal de prestação do Estado e o recíproco direito de acesso às prestações (benefícios e serviços). Um compromisso institucional que, em decorrência, atribuiu aos direitos sociais a natureza de direitos subjetivos públicos. A Ordem Social passou a integrar um programa de iniciativas do Poder Público e da sociedade civil, implementadas com recursos orçamentários, desvinculadas da lógica do mercado e assentadas em um complexo de valores éticos fundamentais centrados na pessoa.

Essa separação, no corpo da norma fundamental, adquire significação ontológica, sobretudo face à indistinção respectiva nas constituições anteriores como acima exposto. Mas internamente, também decorre da integração dos direitos sociais entre os direitos e garantias fundamentais. A Ordem Social, no Estado Democrático de Direito, passou a assentar em uma política pública autônoma, com pressupostos distintos, em que os direitos sociais, em sua universalidade, são instituídos como fundamento da ordem constitucional, logo em seu pórtico. Ocupam o vértice da hierarquia dos valores constitucionais, de

modo que todos os demais, instituídos nos títulos que lhes seguem, não podem contrariá-los. Deixou de ser concebida como simples contraface da Ordem Econômica e Financeira, para nela intervir, tanto que esta também se declara como “fundada na valorização do trabalho humano”, no art. 170) da Constituição de 1988:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

III – Função social da propriedade;

(...)

VII – Redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – Busca do pleno emprego.”

A Ordem Social passou a integrar não somente o patrimônio jurídico-político da cidadania, mas a constituir-se igualmente em um dever do Poder Público e da sociedade civil.

Com a formação dos Estados nacionais e, sobretudo, desde a instauração da revolução industrial, inaugurou-se a sociedade do trabalho no Estado Social e que se reafirmou, com mais vigor ainda, no Estado Democrático de Direito, sob a concepção da dependência e reciprocidade de todas as pessoas na produção dos bens e serviços. Assenta agora no reconhecimento de que é a própria estrutura socioeconômica que gera o desemprego, a exclusão, as vulnerabilidades sociais, a desintegração familiar; e, por isso, a sociedade civil, por meio do Estado, deve responsabilizar-se por esses efeitos. Nem por isso é que institui os princípios da universalidade (igualdade formal), seletividade (igualdade real ou equidade) e seus consectâneos, a solidariedade e a distributividade, quanto à abrangência das políticas sociais, concebidas, no art. 194, como um conjunto integrado de ações dos Poderes Públicos e da sociedade, como expressões da ordenação e implementação dos direitos sociais.

Finalmente, ao instituir a seguridade social como viga-mestra da Ordem Social elegeu, como prioritários, o direito à saúde, à previdência social e à assistência social. Isso significa que o atendimento desses direitos, tal como ali instituídos e regulamentados nas respectivas leis orgânicas, é imprescindível à

estabilidade social e à sua manutenção. Tem por finalidade a garantia, a todos os cidadãos, de certos patamares mínimos de vida da população, em face das reduções geradas pela estrutura e contingências sociais; sem os quais os conflitos sociais, decorrentes da frustração desses direitos, colocarão em risco a própria ordem vigente. De um lado, como vemos, expressa a conquista, pela população, de direitos sociais, em um patamar superior de vida; de outro, a legitimação e estabilidade da ordem jurídico-constitucional.

No estudo de Cohn, acima citado, sobre as políticas públicas, também encontramos fundamentos para explicar, de um lado, o pioneirismo introduzido pelo Estado Social, com o referido Título único sobre a Ordem Social e Econômica; e, de outro, a separação dessas duas ordens em dois títulos distintos, no Estado Democrático de Direito. Apreendemos o significado jurídico e político dessa distinção, ao examinarmos as duas formas de Estado; porém os fundamentos teóricos fornecidos pelo referido estudo, que aqui adaptamos, conectam agora esse significado com a distinção entre os direitos clássicos e os universais pelos conceitos de trabalho e renda, respectivamente, tal como exposto anteriormente (PARTE II, Capítulo II item 2). Nesse sentido, com base no referido estudo, parece-nos que a separação entre as duas ordens, além dos fundamentos acima expostos, também se implementa em um contexto condicionado por duas determinações sociais e econômicas de caráter geral, que se tornaram conflitivas, a saber, de um lado entre a soberania nacional para a definição das políticas sociais e as exigências da política econômica no contexto da globalização; e, de outro, as lutas por direitos sociais.

Vejamos como se inter-relacionam.

As políticas sociais são basicamente de âmbito nacional e demandam soluções adequadas à especificidade das desigualdades sociais brasileiras e têm, como referência, a soberania do Estado; já as políticas econômicas, crescentemente determinadas pela economia global, exigem soluções em que a soberania do Estado se debilita progressivamente e aumenta o descompasso com as políticas sociais. Entretanto, as crises de mercado, de natureza mundial, são concebidas como distorções a serem corrigidas por políticas de âmbito nacional. Mas, as lutas por novos direitos sociais, durante os anos

1970, na América Latina e Brasil, face ao Estado nacional, também tiveram como referência não somente a sociedade local, mas a global, interligadas a movimentos e a organizações sociais nacionais e internacionais, referentes ao meio ambiente, cultura, lazer, transparência, participação na administração estatal e outras. A respeito, Cohn cita Marshal (1963), que já havia apreendido a tensão irreduzível, no que se refere aos direitos sociais, entre o princípio da igualdade que os postula e as desigualdades inerentes ao mercado. Em decorrência desses fatores, a conflituosidade entre a ordem social e a ordem econômica decorre justamente da prevalência da lógica do mercado, da consideração dos carentes como consumidores, o que impulsionou a instituição de valores ético-constitucionais como fundamento das políticas sociais instituídas pelo Estado Democrático de Direito. Com essa separação, face à determinação mercadológica, o social deixou de ser determinado mecanicamente pela economia, passando o Estado a concebê-lo como resultado de sua intervenção para corrigir as distorções econômicas, em nome desses valores, sobretudo a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a igualdade e a liberdade. A construção de uma ordem social mais democrática implica em que

“(…) se supere de vez a subordinação das questões sociais aos ditamentos dos parâmetros econômicos, herança ainda não suplantada do período do predomínio do ideário desenvolvimentista. Até porque, à época, o desenvolvimento vinculava-se à geração de empregos, e estes ao acesso a determinados direitos sociais; o acesso portanto da realidade atual” (COHN, 2000, p. 402).

A respeito, o conceito de democracia e dos direitos sociais articula-se, essencialmente, no texto constitucional, com a instituição do Título VIII sobre a Ordem Social, de modo específico e distinto. A Constituição de 1988, ao contrário das anteriores, instituiu normas específicas, em que pese esta separação formal não ter evitado a histórica dependência dos orçamentos sociais (art. 195) às normas orçamentárias gerais (arts. 165/168) e, por consequência, à política econômica governamental (superávit primário e política fiscal). Mas, com essa notável distinção, o Estado Democrático de Direito evidencia, assim, ter por pressuposto a concepção da sociedade civil não mais atrelada ao privatismo, em decorrência da indivisibilidade e unidade

dos direitos humanos, em um novo sentido dos direitos sociais. Especificamente com relação a estes, desvinculou sua natureza jurídica (e das políticas públicas que os devem efetivar), face à regulamentação econômica. Não se trata de negar, com isso, a íntima relação entre a estrutura econômica e as desigualdades sociais que produz. Ao contrário, tem por pressuposto justamente essa intimidade e, por isso, é um ato político-constitucional de desvinculação dos direitos e políticas sociais das determinações da lógica do mercado, sem o quê não teriam efetividade. É justamente em decorrência dessa distinção que se evidencia a natureza jurídico-institucional dos direitos sociais: não são direitos econômicos e muito menos vinculados à ordem financeira (oneração e renúncia fiscal). Evidencia, pela primeira vez na história do Estado brasileiro, a instituição e universalização de direitos especificamente sociais e, sobretudo, como expressões do pacto político constitucional resultante dos conflitos sociais. De fato, não era essa a concepção em que assentava o Estado Social, como já vimos.

Finalmente, é relevante notar que a distinção inaugurada pelo Estado Democrático de Direito, entre as duas ordens, também expressa o conteúdo propriamente democrático do Estado, com relação ao Estado Social. Neste, de fato, o social configurava-se como resultado da intervenção estatal na ordem econômica, basicamente pela função social da propriedade e os direitos sociais clássicos. Mas, no fundamental, preservava a mesma organicidade do Estado de Direito, salvo algumas inovações pontuais, em que o social foi, apenas, um acréscimo inovador. Já o democrático expressa uma alteração substancial na própria organização do Estado, pelos motivos já expostos, plasmada pela instituição inaugural dos direitos e garantias fundamentais e integradora da unidade lógico-categorial e histórica das demais instituições públicas (organização do Estado e dos Poderes), que deve servir de diretiva para o seu próprio funcionamento, inclusive com a participação da sociedade civil.

4. A municipalização: bidimensionalidade do Estado Social e tridimensionalidade do Estado Democrático de Direito

Outra dimensão do Estado Democrático de Direito, face ao Estado Social, é não somente o reconhecimento formal da autonomia dos municípios como também sua integração política no regime federativo, na organicidade e funcionamento das instituições estatais, para o desenvolvimento e efetividade dos direitos sociais, sobre o princípio da municipalização. Esse reconhecimento, até então, não era expresso, sendo a federação reconhecida apenas no nível estadual, embora com referência aos municípios, mas sem tais características.

De fato, o art. 1º da Constituição de 1988 declara expressamente que a federação brasileira “é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal,” refletindo-se na redação dos artigos 18, 29 e 30. Já a redação do mesmo dispositivo constitucional das constituições anteriores referia-se, apenas, à “união dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.” Por isso, assevera Bonavides (2009, p.344-345) que

“As prescrições do novo estatuto fundamental de 1988 a respeito da autonomia municipal configuram indubitavelmente o mais considerável avanço de proteção e abrangência já recebido por esse instituto em todas as épocas constitucionais de nossa história.

Com efeito, as mudanças havidas conforme intentaremos demonstrar, alargaram o raio de autonomia municipal no quadro da organização política do País, dando-lhe um alcance e profundidade que o faz indissociável da essência do próprio sistema federativo, cujo exame, análise e interpretação já não se pode levar a cabo com indiferença à consideração da natureza e, sobretudo, da dimensão trilateral do novo modelo de federação introduzido no País por obra da Carta Constitucional de 5 de outubro de 1988.

Poder-se-ia até dizer que a autonomia do município recebeu um reforço de juridicidade acima de tudo quanto se conhece em outros sistemas federativos tocante à mesma matéria. (...)

Faz-se mister assinalar desse modo o significado decisivo, inédito e inovador que assume o art. 18 da Constituição vigente. Este artigo inseriu o município na organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, fazendo com que ele, ao lado do Distrito Federal, viesse a formar aquela terceira esfera de autonomia, cuja presença, nos termos em que se situou, altera radicalmente a tradição dual do federalismo brasileiro, acrescido agora de nova dimensão básica.

(...) a autonomia municipal alcança uma dignidade federativa jamais lograda no direito positivo das Constituições antecedentes. Traz o art. 29, por sua vez, um considerável acréscimo de institucionalização, em apoio à concretude do novo modelo federativo, estabelecido pelo art. 18, visto que determina que seja o município regido por lei orgânica, votada por quorum qualificado de dois terços dos membros da Câmara Municipal – requisito formal que faz daquele estatuto um diploma dotado de grau de rigidez análogo aos que possuem as cartas constitucionais.

Enfim, o art.30, discriminando a matéria de competência dos municípios, tem uma latitude de reconhecimento constitucional desconhecida nos textos antecedentes de nosso constitucionalismo.”

E, em seguida, reconhece que a Carta de 1988 implantou um novo modelo de autonomia municipal (p.347):

“Não conhecemos uma única forma de união federativa contemporânea onde o princípio da autonomia municipal tenha alcançado grau de caracterização política e jurídica tão alto e expressivo quanto aquele que consta da definição constitucional do modelo implantado no País com a Carta de 1988, a qual impõe aos aplicadores de princípios e regras constitucionais uma visão hermenêutica muito mais larga tocante a defesa e sustentação daquela garantia.

Nunca esteve o município numa organização federativa tão perto de configurar aquela realidade de poder – o chamado *pouvoir municipal* – almejado por numerosa parcela de publicistas liberais dos séculos XVIII e XIX, quanto na Constituição Brasileira de 1988.”

A Carta de 1988 redefiniu, formalmente, as competências dos entes federativos, quanto à autonomia aos municípios, maior capacidade financeira e mais encargos; embora, na prática, isso se efetive de forma controversa e também não tenha eliminado o clientelismo municipal e a denominada

“prefeiturização” de recursos e políticas públicas, ao mesmo tempo que unifica as diretrizes pelos conselhos nacionais e estaduais. Segundo José Afonso da Silva (2005, p. 623-624), a autonomia municipal assenta em quatro capacidades, a saber, a de auto-organização (lei orgânica própria); autogoverno (eletividade do Prefeito e vereadores); autolegislação (competência exclusiva e suplementar) e autoadministração (serviços próprios de interesse local).

O Estado democrático, ao contrário dos anteriores, enraíza-se, assim, nos municípios, por estarem mais próximos da população, junto à sociedade civil, como sua expressão política, ao atribuir-lhes e deles exigir obrigações e encargos que o Estado ditatorial assumia; ao mesmo tempo, que respeita e consolida seus direitos, ao instituir os princípios fundamentais da República e os direitos e garantias fundamentais, antes mesmo dos referentes à organização estatal.

Essas inovações têm amplo significado político, não somente do princípio da autonomia na organização político-administrativa dos entes estatais, mas também porque a democracia exige a maior amplitude da autonomia municipal, de acordo com as correntes de ideias que, desde o século XVIII, impulsionaram-na, acompanhadas do desenvolvimento do parlamentarismo e das correntes socialistas da época. De início, é certo que as primeiras versões políticas da filosofia da liberdade concebiam a autonomia municipal como poder comunal em contraposição ao Estado. Os teóricos liberais e, sobretudo, os anarquistas (inclusive o posicionamento atual do socialismo libertário), atribuíam aos municípios uma esfera independente de interesses privados que, por isso, colocavam-nos como *ex adversos* do Estado, tanto quanto os indivíduos na condução de seus negócios privados. Seu fundamento era a concepção jusnaturalista de que as comunidades, tanto quanto os indivíduos, possuem por igual um conjunto de direitos próprios e intangíveis, um direito fundamental que o Estado não cria, mas apenas reconhece como direitos inatos comunitários, constituídos anteriormente à formação do Estado. Nessa concepção, a afirmação da liberdade comunal

apoiava-se no poder de resistência contra a arbitrariedade do Estado, negativamente, no sentido de lhe opor limites políticos e administrativos.

Mas, no Estado Democrático de Direito, o fundamento da autonomia municipal é o de sua integração federativa, de forma que também se articule com a unicidade dos interesses nacionais. Atualmente, na Constituição de 1988, ainda segundo Bonavides, (2009, p.347) tornou-se um poder local integrado ao Estado, em contraste com aquele esboçado contra o Estado. Significa, sob o conceito de municipalização, a integração política dos interesses municipais, assim priorizados, no próprio cerne dos interesses federativos, positivamente, como base em que se inspiram as políticas sociais estaduais e nacionais, em decorrência de sua maior capilaridade social.

Mas, ainda hoje, a redemocratização municipal enfrenta obstáculos físicos e também de ordem histórica. Os primeiros, decorrentes da grande extensão territorial, distribuição populacional desigual, disparidades econômicas e materiais, desigual distribuição da terra e outros; os segundos, decorrentes da persistência do legado do federalismo oligárquico, concentrador do poder nos Estados-membros mais ricos, enraizado em uma cultura de centralização política que, aliada à falta de institucionalização das relações governamentais, resultou no acirramento da competição política entre eles. Essa trajetória (Abrucio e Soares, 2001) redundou na criação de um modelo predatório e não cooperativo de relações intergovernamentais, com predomínio do componente estadualista.

Porém, o Estado Democrático de Direito propicia a ruptura institucional desse estado de coisas, reflete a luta pela democracia e encampa os princípios do fortalecimento do poder local e da descentralização político-administrativa. A federação é concebida com base na união não somente dos Estados-membros como também dos municípios, agora elevados a entes federativos com autonomia política, administrativa e financeira, com maiores responsabilidades, sobretudo na prestação de benefícios e serviços sociais (saúde, educação, assistência social, saneamento e outros).

Além disso, de forma inovadora, criou as regiões metropolitanas, embora sem *status* de entes federativos. (BONAVIDES, 2009, p.357-360) Isso implicou

no reordenamento da repartição dos recursos tributários. A Constituição estabeleceu competências privativas e concorrentes da União, Estados, municípios e Distrito Federal (arts. 21, 22, 23 e 24), mas não definiu a criação de arranjos de planejamento e gestão regional que possibilitem a coordenação da ação governamental entre territórios contíguos. O fato é que a instituição das regiões metropolitanas implementa-se lentamente e, desse modo, retarda a promoção dessa coordenação; tendo sido suprida, em algumas regiões, pela organização de consórcios municipais para a realização de ações conjuntas, porém com dificuldades no campo político-administrativo. Porque não é acompanhada da institucionalização de canais de articulação permanente entre os entes federados, que levasse, desde logo, ao exercício coordenado e cooperativo de suas competências institucionais. No entanto, isso já se verifica na implementação do SUS e do SUAS. Assim, as novas relações federativas são implementadas gradativamente, em conformidade com os avanços e recuos das diferentes políticas públicas setoriais. Mas, ainda, sob o signo da fragmentação da sobreposição de iniciativas, do relativo descontrole no uso dos recursos públicos, dos vários comandos nos três níveis de governo, da pouca regulação, da incerteza na prestação dos serviços e do referenciamento privado.

A municipalização, no entanto, não significa uma concepção basista das políticas sociais, mas tão somente a integração da autonomia municipal no regime federativo e no processo de sua descentralização. Em consequência, não somente a federação se tornou tridimensional, como também o município passou a ser incluído no processo deliberativo das políticas sociais de âmbito nacional, sua execução e respectiva fiscalização. Por exemplo, com relação ao direito da saúde, o art. 36 da Lei Orgânica da Saúde determina que o processo de planejamento e orçamento do SUS deve ser ascendente, do nível local até o federal, ouvidos os órgãos deliberativos, mas submetido às deliberações do Conselho Nacional de Saúde. Igualmente na política de assistência social, implementada pelo SUAS. E nas demais políticas sociais, em que se conjugam as diretivas municipais, segundo suas diversidades locais e regionais, com as diretivas unificadoras estaduais e nacionais.

A tridimensionalidade federativa se expressa, sobretudo, na integração dos municípios aos critérios de sua participação nas receitas tributárias estaduais e federais, em decorrência da conseqüente redistribuição de responsabilidades na prestação dos serviços públicos, denominada de “novo pacto federativo”; segundo o qual, por exemplo, deverão ser revistos os critérios de repartição dos 25% de arrecadação do ICMS, atualmente divididos entre os municípios, conforme o valor agregado aos produtos em cada um deles. Critérios que geram distorções, como em Paulínia-SP, amplamente beneficiada, ao ficar com um valor equivalente à soma repassada a 242 municípios com até 42 mil habitantes.

Vejamos, a respeito, o exemplo do sistema descentralizado e participativo da assistência social, corporificado no SUAS, em que a instância de financiamento é representada pelos fundos de assistência social, nas três esferas federativas. Mas cuja estrutura reflete, aproximadamente, as mesmas características com relação aos demais direitos sociais, de forma inovadora.

No âmbito federal, o Fundo Nacional, criado pela Lei Orgânica da Assistência Social e regulamentado pelo Decreto n. 1.605/95, tem por objetivo proporcionar recursos e meios para financiar o Benefício de Prestação Continuada-BPC e apoiar serviços, programas e projetos de assistência social. Nesse sentido, o financiamento dos benefícios se dá, de forma direta, aos seus destinatários; e o da rede socioassistencial estatal e não governamental dá-se mediante aportes próprios e repasses, fundo a fundo, de modo regular e automático, para financiamento de serviços contínuos. Assim, também os repasses de recursos para programas e projetos que venham a ser considerados relevantes para o desenvolvimento da política de assistência social, em cada esfera do governo, de acordo com os critérios de partilha e de elegibilidade de municípios, regiões e Estados, pactuados por comissões intergestoras e deliberados nos conselhos.

Os repasses, mediante convênios, são regulados pela Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional n. 01 de 15/01/97, que os conceitua como instrumentos de natureza financeira, disciplinadores da transferência de recursos públicos, tendo por objeto a execução de projetos ou

a realização de eventos, por meio de execução descentralizada. Uma Norma Operacional Básica do Conselho Nacional de Assistência Social estabeleceu os critérios dessa repartição e o seu plano plurianual de assistência social instituiu o SUAS (Resolução n. 130 15/07/2005) com as atribuições dos colegiados de gestores municipais, estaduais e federal, como política social, que também unifica esses três níveis das políticas públicas, quanto ao controle, financiamento e gestão dos recursos.

O governo federal e os governos estaduais estão obrigados a repassar esses recursos aos municípios. Ora, cabe às prefeituras planejar e pôr em prática, com a participação da comunidade local interessada, os programas assistenciais respectivos, assegurados pelo referido Fundo. Sua gerência deve contar com a participação do conselho respectivo, composto por representantes da prefeitura e dos usuários, trabalhadores e entidades sociais. Cabe a esse colegiado, conforme a lei municipal que o instituir, traçar a política assistencial local e demais atribuições de controle administrativo.

O controle do orçamento e de seus gastos é, por isso, uma de suas funções mais relevantes. O princípio da descentralização, manifesto nesta atribuição de competências, consiste em uma efetiva partilha do poder decisório entre os entes federativos, pois prioriza os municípios por estarem mais próximos da população e, portanto, mais suscetíveis à influência e controle das comunidades locais. Com isso, a LOAS impulsiona, concretamente, o processo de reforma do Estado, no sentido de sua maior racionalidade, agilidade e eficiência. Isto porque os cidadãos vivem nos municípios onde, em princípio, devem ser efetivadas as políticas sociais. No entanto, os recursos ainda são centralizados na União, com os respectivos critérios de transferência para execução de programas federais sob sua discricionariedade.

Mas, por outro lado, se a própria organização municipal for centralizada, de pouco adiantará esse princípio. Por isso, a municipalização também não se confunde com a prefeiturização dos recursos. Assim como de nada adiantam avançados princípios de assistência social sem um sistema operacional eficiente, também a municipalização se torna, por sua vez, ineficaz, se a

prefeitura centralizar as ações, recursos e controles administrativos; isto é, se o prefeito, seus agentes e assessores não se envolverem com as comunidades locais e, efetivamente, não lhes assegurar os referidos mecanismos de controle. E como a maior parte deles pouco assegura, a LOAS revela-se um projeto político a ser gradualmente implementado. O princípio da descentralização, nesse sentido, é um corolário do princípio da participação da comunidade.

O plano municipal de assistência social é da competência da prefeitura, a ser aprovado pelo respectivo conselho e incluído no orçamento municipal. A diretriz básica, que deve orientar sua ação, com base na articulação do Estado com as entidades civis, é o trabalho a ser executado, seus objetivos, a metodologia e a definição das responsabilidades de cada setor, com a ponderação dos aspectos emergenciais, preventivos e promocionais. Deve ser precedido do levantamento global das receitas do ente federativo e da avaliação dos percentuais destinados às políticas sociais. Ao contrário de outras instituições como a saúde e a educação, a lei não assegura à assistência social um percentual mínimo de recursos, nas dotações orçamentárias, a que os municípios, Estados e a própria União estejam vinculados. Por isso, a magnitude desses recursos fica sujeita à negociação parlamentar e à previsão orçamentária anual, além das transferências estaduais e federais. O processo de transferências intergovernamentais em vigor é, ainda, o herdado das normas constitucionais de 1967/69, visto que a Constituição de 1988 não realizou alterações estruturais no sistema tributário, no que se refere às políticas assistenciais e introduziu, apenas, mudanças nos percentuais de repartição. Vejamos melhor em que consiste essa herança.

No âmbito federal, as referidas transferências são tributárias e não tributárias.

Entre as tributárias, destacam-se, como principais fontes de recursos, para a maioria dos Estados (art. 159 CF), o Fundo de Participação dos Estados — FPE (21,5%), o Fundo de Participação dos Municípios — FPM (22,5%) e o Fundo de Participação da Exportação — FPE. Nesse caso, verifica-se a vinculação entre os recursos transferidos pela União aos Estados e municípios

e o estabelecimento de responsabilidades por esfera governamental, em função do custo e do benefício, inerentes aos serviços fornecidos pelo ente público. O FPE e o FPM foram criados pela reforma tributária de 1965/68, compostos de um percentual sobre a arrecadação federal de IR e do IPI. Em 1968, esse percentual era de 5% e com a Constituição de 1988 passou a 21,5% e 22,5%, respectivamente equivalente a um movimento de cerca de 20% do total da receita administrativa da União. Os Estados retêm 75% do ICMS arrecadado, dos quais cabem 25% aos municípios.

Segundo dados do IBGE, mais da metade dos municípios não possui receita própria compatível e, por isso, ficam na dependência do FPM. Trata-se de uma transferência de natureza redistributiva, que respeita os seguintes critérios de repartição: 10% para os municípios das capitais; 3,06% para os do interior, com população acima de certos limites (156.216 mil em 1998); e 86,40% para estes municípios, com população inferior a esse limite. A participação das capitais é calculada de forma proporcional à sua população e, inversamente, à renda *per capita* do respectivo Estado. Tais critérios de partilha têm sido criticados, por assinalar a distorção que prejudica os municípios mais populosos, por lhes caber uma parcela menor dos recursos.

Os municípios contam, ainda, com outra fonte de recursos, provenientes do FPE. Este é constituído por 10% da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados, dos quais 25% lhes são repassados. E a Lei n. 9.533/1997 autorizou o Executivo federal a conceder apoio financeiro a municípios que instituíam programas de garantia de renda mínima, associados a ações socioeducativas.

Já as transferências não tributárias advêm de convênios com entidades e organizações de assistência social (art. 10 LOAS), desde que em conformidade com os planos aprovados pelos respectivos conselhos. Nesse caso, a tradição dos convênios, no campo da assistência social, não tem se pautado por critérios de publicidade, transparência e controle social.

Tais questões, no entanto, não devem obscurecer o princípio, instituído pela LOAS, de que os recursos da assistência social devem assentar, basicamente, nos fundos de assistência social e nas transferências fundo a

fundo. Sem o fortalecimento destes e sua consolidação, a política assistencial dos Estados e dos municípios não terá uma base sólida para sua permanência e continuidade.

De acordo com a diretriz da descentralização do SUAS e em consonância com o pressuposto do cofinanciamento, essa rede deve contar com a previsão de recursos das três esferas de governo e a repartição de recursos deve ter, por base, o diagnóstico social local que considere as demandas e prioridades que se apresentem, de forma específica, de acordo com as diversidades territoriais, a capacidade de gestão e de atendimento e de arrecadação de cada município.

Tradicionalmente, o financiamento da política assistencial tem-se caracterizado por práticas centralizadas, genéricas e segmentadas, em atendimentos pontuais e, em alguns casos, até mesmo paralelos; pela fixação de valores *per capita*, que os atribui, com base no número total de atendimentos e não pela conformação do serviço às necessidades da população, em função dos níveis de complexidade, com base na particularidade dos serviços de média e alta complexidade, considerados a partir da capacidade instalada. Também sofre os efeitos de emendas parlamentares, que muitas vezes afrontam a diretriz da descentralização e do controle social, orientadas para o financiamento das ações de âmbito federal, do modo desarticulado com o conjunto das instâncias do sistema descentralizado e participativo.

Nos termos das deliberações da IV Conferência Nacional de Assistência Social de dezembro de 2003, a nova sistemática instituída ultrapassou o modelo convencional e estabeleceu o repasse automático, fundo a fundo, no caso de financiamento de serviços, programas e projetos assistenciais, constante da Norma Operacional Básica do SUAS. A respeito, o § 10 do art. 195, da Constituição Federal diz: “§ 10. A lei definirá os critérios de transferência de recursos para o sistema único de saúde e ações de assistência social da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e dos Estados para os Municípios, observada a respectiva contrapartida de recursos.”

Com base nesse dispositivo, a Lei n. 9.604 de 05/02/1998 autorizou o repasse automático de recursos do FNAS para os fundos estaduais e do Distrito Federal, independentemente da celebração de convênios, contratos, ajustes e acordos, desde que aplicados conforme as prioridades estabelecidas nos planos de assistência social, aprovados pelos respectivos conselhos e a compatibilização de sua transferência para os fundos municipais. Depois, o art. 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (LC n. 101/2000) deu tratamento diferenciado às despesas públicas referentes às prestações da Seguridade Social, entre elas as da assistência social; e o art. 25 excetuou as transferências legais (como é o caso das transferências fundo a fundo) da disciplina das transferências voluntárias; e acrescentou ainda, que, para os fins da aplicação da sanção de suspensão das transferências voluntárias (a que se refere à LRF), excetuam-se as referentes às da educação, da saúde e da assistência social.

5. O Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública

Com a Constituição de 1988, o Poder Judiciário adquiriu autonomia administrativa e financeira (art. 99) e autonomia funcional dos magistrados (arts. 93 e 95), na condição de órgão político, embora sob controle interno e externo. Posicionou-se efetivamente como um Poder de Estado, ao lado do Executivo e Legislativo, sob o princípio da independência e harmonia entre eles. (art. 2º) (RIBEIRO, 1991)

Nas constituições anteriores, a independência do Judiciário era letra morta, porque lhe faltava autonomia e independência política, em que o Executivo era um poder hipertrofiado. Tanto que, em 1958, Guimarães (1958) já reivindicava:

“A admissão do Judiciário como Poder autônomo representa, por conseguinte, indeclinável garantia dos direitos dos cidadãos, sem a qual não é possível o florescimento da vida democrática e assinala um marco avançado na evolução jurídica dos povos.”

Mas, embora a autonomia administrativa e funcional tenha se manifestado, a partir de 1988, em importantes e notórias decisões judiciais, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, reveladoras de sua relativa independência, a autonomia financeira continua deficiente, porque o citado art. 99 não impediu ao Executivo a promulgação da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000), que fixou os limites intransponíveis para as despesas de pessoal do Judiciário, sem que este houvesse participado do processo de sua elaboração. Esta, em seu art. 20, estipula, para tal, o limite de 6% (seis por cento) dos percentuais da receita corrente líquida do Estado, o que evidentemente afeta as condições de efetividade de seu funcionamento. Com tal restrição, o Executivo se permite alterar a proposta orçamentária do Judiciário na lei orçamentária, matéria da estrita competência do Congresso Nacional ou das Assembleias Legislativas.

Na Constituição de 1988, o Ministério Público foi instituído de forma inovadora (arts. 127/130) e, em seguida, pela Lei Orgânica n. 8.625/1993, adequado à concepção democrática do Estado, sobretudo na defesa dos interesses coletivos e difusos da população. Suas novas atribuições adquiriram natureza propriamente democrática, se comparadas com as do passado, segundo Pinto Filho (1997, p.66-69):

“O Ministério Público foi a instituição que sofreu a mais profunda alteração de seu perfil constitucional pelo texto de 1988. A afirmação tem sido repetida por inúmeros e respeitados autores, sem qualquer contestação, e é efetivamente correta. (...) Embora todas as instituições e poderes tenham sido alterados pelo Constituinte de 1988, coube, contudo, ao Ministério Público tal carga de tarefas novas que lhe deram um novo e diverso perfil constitucional. Não se tratou de simplesmente alterar uma instituição, mas de lhe traçar uma natureza completamente bastante diferente daquela oriunda da carta de 1969 (...) Era, ao dizer do constituinte autoritário, um Ministério Público que seria organizado exclusivamente por normas infraconstitucionais, a partir de ideia nenhuma que viesse da Constituição – numa demonstração de que nossa Instituição tem vocação e destino para atuar de forma relevante na democracia.”

Para Ferraz e Guimarães Júnior (1997, p.13),

“O Ministério Público brasileiro recebeu na Constituição Federal de 1988 uma conformação institucional e um *status* político sem paradigma em todo o mundo. (...) É responsável pela defesa do regime democrático num país que na prática, até muito recentemente, só conheceu regimes de exceção.”

Antes esgotava sua atuação na defesa passiva do Estado em atividade puramente judiciária e processual e limitava-se, basicamente, em ser o titular da ação penal pública, como órgão imparcial de acusação perante o Judiciário, em defesa do interesse público. Depois passou a receber funções em processos na área cível, como promotor de justiça *custos legis*, para fiscalizar a aplicação das leis em causas qualificadas pelo interesse público, mas nas quais intervinha apenas passivamente, em defesa desse interesse.

Mas, nos anos 1980, emergiram novos conflitos sociais, decorrentes de demandas de movimentos sociais, grupos com interesses próprios e específicos, integrantes da sociedade civil (aposentados, pensionistas, mutuários, contribuintes, pessoas com deficiência, consumidores, vagas escolares e em creches, crianças e adolescentes e outros), em um processo de transformação e massificação social que repercutiu e interveio ativamente nos conflitos sociais, para fazer emergir pretensões antagônicas mais abrangentes, que envolviam interesses transindividuais de grandes grupos ou de toda coletividade. Em decorrência, ainda anteriormente às alterações fundamentais, implementadas pela Constituição de 1988, passou a disponibilizar da iniciativa da ação civil pública, por meio da Lei n. 7.345/1985, para a defesa dos interesses coletivos e difusos, inclusive por meio de medidas extrajudiciais.

A Constituição de 1988 atribuiu-lhe a competência, principalmente, na área criminal, da exclusividade da promoção da ação penal pública; zelar pelos serviços de relevância pública e os direitos por eles assegurados; instaurar e presidir o inquérito civil em defesa desses interesses e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos; promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados; defender os interesses das populações indígenas; e exercer o controle externo da atividade policial. Em sede cível, de forma inovadora, a ação civil pública incumbiu-o da defesa dos interesses sociais, coletivos e difusos, do patrimônio público e do meio ambiente; controle da administração pública e dos serviços de relevância pública, parcelamento e uso do solo e prevenção de acidentes do trabalho. O art. 127 da Constituição Federal traçou seu novo perfil institucional, que o

definiu como uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado e o incumbiu da defesa da ordem jurídica e do regime democrático. Também a ação direta de inconstitucionalidade e a representação para fins de intervenção e o funcionamento perante os Tribunais de Contas (art. 130 da Constituição Federal) E, no art. 129, atribuiu-lhe funções institucionais judiciais e extrajudiciais, cuja natureza revela que os interesses da sociedade civil passaram a integrar os interesses do Estado:

“É inegável, portanto, que, ao ajuizar ações penais e civis em favor de direitos difusos e coletivos o Ministério Público alarga o acesso à Justiça: por suas mãos, parcelas inteiras da população podem ver seus interesses tutelados em Juízo. (...) E, embora na defesa da sociedade a Instituição atue em áreas de interesse da população em geral, parece claro que sua ação deva atingir, sobretudo, os interesses das parcelas excluídas do acesso à Justiça, em causas que propiciem a melhoria da qualidade de vida desse contingente mais desassistido.” (FERRAZ e GUIMARÃES JÚNIOR, 1997, p. 22-23)

A Constituição, embora, mantendo-o organicamente no Poder Executivo, no entanto, assegurou-lhe uma posição de independência, com autonomia orçamentária, funcional, política e organizacional, de tal modo que é considerado um quarto poder da República, a ponto de um promotor dizer que “(...) é um braço armado da sociedade contra o Estado inserido dentro do próprio aparelho estatal,” (FERRAZ e GUIMARÃES JÚNIOR, 1997). Expressa, assim, uma dimensão do próprio Estado Democrático de Direito, em que a sociedade civil faz representar seus interesses; apesar da falta de regulamentação dos direitos sociais, que ainda limita sua atuação. Nessas condições, a atuação do Ministério Público, em que pese o grande avanço que a Constituição lhe atribuiu, para assegurar aos direitos sociais o maior nível de efetividade, entretanto, ainda está limitada nessa atuação, conforme a natureza de sua respectiva regulamentação.

A Defensoria Pública (art.134 da Constituição) é a instituição responsável pela defesa dos direitos dos cidadãos, de forma irrestrita, que não tenham recursos para contratar advogados particulares, em todos os graus. Tem por finalidade a tutela jurídica integral e gratuita, individual e coletiva, judicial e extrajudicial dos necessitados. As Constituições de 1824 e de 1891

não a asseguravam. No Estado de São Paulo, em 09/09/1919, a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco criou a Assistência Judiciária Acadêmica regulamentada no Código de Processo Civil de 1939, quando o governo paulista instituiu o Consultório Jurídico do Estado e, em 1947, a Procuradoria de Assistência Judiciária-PAJ. Sua instituição adveio com a Constituição de 1934 (art.113, inciso 32). Foi assegurada, nas Constituições seguintes, sobretudo na de 1946 (art. 141 § 35), 1967 (art.150 § 32) e Emenda de 1969 (art. 153 § 32). Era um serviço prestado, desde 1947, no Estado de São Paulo, pela Procuradoria-Geral e por advogados conveniados da OAB. Em 1984, foi firmado o primeiro convênio de assistência judiciária com a Procuradoria Geral de Estado-Procuradoria de Assistência Judiciária, sucessivamente renovado, de caráter assistencialista.

Porém, a Constituição de 1988 instituiu um novo conceito, o de “assistência jurídica integral”, com significado distinto, de direito subjetivo público (art. 5º, inciso LXXIV) da população carente e obrigação do Poder Público e criou a Defensoria Pública (art. 134) como instrumento de efetividade dos direitos sociais, com defensores que, além de concursados, trabalham em regime de dedicação exclusiva, com a finalidade de assegurar à população não somente o acesso à Justiça, como também à consultoria e a atividades extrajudiciais em geral. Assegura-lhe, por meio da Defensoria Pública da União, o acesso à justiça federal comum, do trabalho, eleitoral e militar; e, por meio da Defensoria Pública dos Estados, à justiça comum estadual. Adquiriu organicidade com as Leis Complementares federais n. 80/1994 e 132/2009 e, no Estado de São Paulo, com a Lei Complementar n. 988/2006. Apesar da determinação constitucional, o ESP demorou dezoito anos para criar a Defensoria estadual, somente instalada após uma campanha deflagrada por mais de quatrocentos movimentos sociais, ONGs e entidades da sociedade civil. (Estado de São Paulo 24/12/2011 A3)

A instituição da Defensoria Pública é uma inovação da Constituição de 1988 por assegurar, pela primeira vez, o acesso gratuito, institucional e não assistencialista da maioria da população, que é carente ao Judiciário. Expressa, portanto, um forte conteúdo político, em um país no qual, segundo

Vianna (1999, p. 43), as maiorias efetivas são reduzidas a minorias parlamentares por uma estranha alquimia eleitoral. A respeito, segundo Melo (2007), citando Vianna, nos últimos anos

“(...) o limite entre a política e o direito vem se tornando cada vez menos claro. Os atuais processos de ampliação do princípio democrático, com a normatização de um conjunto cada vez maior de direitos fundamentais, vêm ocasionando profunda institucionalização do direito na vida social e política, com a consequente redefinição das relações entre os Poderes, passando o Judiciário a assumir um protagonismo irrecusável. Como aduz Luiz Werneck Vianna (1999, p. 22-23): “(...) em torno do Poder Judiciário vem-se criando, então, uma nova arena pública, externa ao circuito clássico sociedade civil – partidos – representação – formação da vontade majoritária, consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular. Nessa nova arena, os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta abstrata de normas, em um tipo de comunicação em que prevalece a lógica dos princípios, do direito material, deixando para trás as antigas fronteiras que separavam o tempo passado, de onde a lei geral e abstrata hauria seu fundamento, do tempo futuro, aberto à infiltração do imaginário, do ético e do justo.”

Tal assertiva defende a ideia de que assistência jurídica integral e gratuita é um direito fundamental da maioria e não apenas um benefício ou caridade concedida pelo Estado. Essa é a alteração fundamental instituída pelo Estado Democrático de Direito, ao desvincular sua atuação de qualquer subordinação a outro órgão administrativo. Tanto que, segundo Melo (2007),

“Conclusivamente, parece-nos nítido que, pelo regime estabelecido na atual Constituição, não é mais aceitável atrelar o serviço estatal de assistência jurídica gratuita a qualquer outra instituição que não seja a Defensoria Pública, também não sendo admissível vincular esta a outro órgão administrativo. A Defensoria Pública integra a classe dos órgãos que os administrativistas denominam “órgãos independentes do Estado” que, de acordo com Hely Lopes Meirelles (1993, p. 66) são aqueles originários da Constituição e representativos dos Poderes do Estado – Legislativo, Executivo e Judiciário – colocados no ápice da pirâmide governamental, sem qualquer subordinação hierárquica ou funcional, e só sujeitos aos controles constitucionais de um Poder pelo outro. Por isso, são também chamados órgãos primários do Estado. Esses órgãos detêm e exercem precipuamente as funções políticas, sociais e quase judiciais outorgadas diretamente pela Constituição, para serem desempenhadas pessoalmente por seus membros (agentes políticos, distintos de seus servidores que são agentes administrativos), segundo normas especiais e regimentais.”

Um claro sinal desse empenho foi o posicionamento político do Governo

Junto ao Congresso Nacional, no sentido de constituir, como ponto chave da Emenda Constitucional nº. 45/2004, a garantia de autonomia administrativa e financeira para as Defensorias Públicas estaduais. Mas, igualmente dependente, tal garantia, do quadro legal regulamentador dos direitos sociais e, evidentemente, de condições orçamentárias que, até hoje, não lhe permitem assegurar adequadamente os serviços que a Constituição lhe atribui.

6. As garantias constitucionais: mandado de segurança coletivo, ação civil pública, mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, arguição de descumprimento de preceito fundamental e ação declaratória de inconstitucionalidade

A Constituição de 1988, em seu Título II, instituiu direitos e garantias fundamentais. Assim, a par dos direitos individuais, coletivos e sociais, a criação de garantias significou a instituição de instrumentos judiciais que, direta ou indiretamente, têm por finalidade assegurar, aos cidadãos, as ações e os procedimentos processuais de efetividade desses direitos. Em sua natureza jurídica, praticamente esgotam as vias de acesso à Justiça. Nas constituições anteriores não eram instituídas, com exceção do mandado de segurança individual ou plúrimo e o *habeas corpus*.

Essa inovação, entretanto, não é casuística, visto que decorre dos próprios princípios fundamentais constitucionais que, como vimos, inauguram uma nova ordem constitucional, sob o pressuposto da plena autonomia e independência do Poder Judiciário. E a defesa dessa ordem se expressa, sobretudo, pelo respeito à Constituição. Genericamente, conceitua-se a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo quando se confronta com as normas constitucionais (enquanto que a ilegalidade se configura entre duas normas não constitucionais). É própria da ação de autoridades ou órgãos do

Poder público, quando sua atuação conflitiva é regulada direta e imediatamente por normas constitucionais.

Basta-nos, neste estudo, a conceituação da inconstitucionalidade em duas hipóteses básicas: pela prática de um ato ou edição de uma lei em contrário à Constituição (positiva); ou, ao contrário, pela ausência ou omissão da autoridade pública, com relação a ato ou lei, entretanto exigidos pela Constituição (negativa).

Limitamo-nos a indicar, a seguir, tais garantias, entre elas a ação de mandado de segurança coletivo e a ação civil pública, embora essas ações também possam ter por fundamento o cumprimento de leis infraconstitucionais. As demais são o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por ação ou omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a ação declaratória de inconstitucionalidade. Passamos a resumir suas características, apenas para evidenciá-las como garantias da efetividade dos direitos sociais.

a) O mandado de segurança coletivo é uma ação impetrada por partidos políticos, organizações sindicais, entidades de classe ou associações, segundo certos requisitos, em defesa de direitos líquidos e certos relacionados às finalidades dessas entidades e das atividades de seus integrantes. (art. 5º inciso LXX da Constituição Federal e Lei n. 8.437/1992) É movida contra ato de uma autoridade pública, considerado ilegal ou abusivo, proveniente de administradores ou representantes de autarquias e de entidades paraestatais e, ainda, de representantes de pessoas privadas no exercício de funções públicas delegadas, como as concessionárias de serviços públicos. É uma inovação constitucional, em decorrência do reconhecimento dos direitos coletivos e da legitimidade processual das entidades de demandarem, em nome próprio, em defesa dos seus representados.

b) A ação civil pública, instituída pelo art. 129 da CF/88, foi regulamentada pela Lei n. 7.347/1985, tendo por finalidade a apuração de responsabilidades por danos causados ao meio ambiente, à defesa do consumidor, à ordem urbanística, à proteção de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e urbanístico, à defesa da ordem

econômica e da economia popular. Pela Lei n. 8.078/1990 foi ampliada para os interesses difusos e coletivos e direitos individuais homogêneos revestidos de interesse social. Sua propositura, pelo Ministério Público, foi regulamentada pela respectiva lei orgânica. (Lei n. 8.625/1993) Tem em vista a defesa dos interesses da coletividade como um todo (patrimônio social). Pode, igualmente, ser proposta por associações civis, em certas condições, que tenham por finalidade, em seus estatutos, a defesa desses interesses.

c) O mandado de injunção é uma ação judicial impetrada por qualquer pessoa física ou jurídica, titular de direitos e liberdades ou de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, instituídos pela Constituição, cuja efetividade dependa de uma norma regulamentadora que, entretanto, o Poder Público se omite de expedir e torna inviável seu exercício. É uma garantia processual, usada em um caso concreto, individual ou coletivamente, com a finalidade de o Poder Judiciário dar ciência ao Executivo ou Legislativo sobre tal omissão, com a indicação da respectiva regulamentação, provisoriamente, enquanto não expedida a referida lei regulamentadora. Como se vê, é um instrumento que assegura a efetividade imediata dos direitos constitucionais. Servem de exemplo as inúmeras injunções impetradas por sindicatos de servidores públicos federais, que asseguraram a efetividade do direito a aposentadoria especial, por exemplo aos portadores de deficiência (§ 4º do art. 40 da Constituição Federal), aos que exerçam atividades de risco e àqueles submetidos a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física; cuja lei regulamentadora não fora expedida pelo Presidente da República mais de 22 anos após a respectiva instituição.

Possui efeito semelhante à ação direta de inconstitucionalidade por omissão-ADIn, mas desta se diferencia essencialmente porque a injunção é usada num caso concreto, enquanto na ADIn se discute a inconstitucionalidade abstrata, em tese, como uma das formas de controle concentrado no STF (controle este que ocorre sempre que uma das partes, legitimadas pelo artigo 103 da Constituição de 1988, alega que uma lei ou um ato normativo federal ou estadual é incompatível com a Constituição - ADIn; ou uma lei ou ato

normativo federal é compatível com a Constituição - ADC; ou quando há ausência de norma regulamentadora prevista na CF/88 - ADIn por omissão; ainda, a ADIn interventiva, analisada pelo STF por requisição do Procurador Geral da República e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, quando há violação de preceito fundamental, inclusive de lei municipal e lei anterior à entrada em vigor da Constituição Federal de 1988). A injunção é uma ação fundamentada no artigo 5º, inciso LXXI e art. 102, inciso I alínea q) da Constituição e no art. 24 da Lei 8.038/90. É por isso conceituada como um remédio constitucional, à disposição de qualquer pessoa física ou jurídica, que alegue prejuízo em decorrência da omissão legislativa em regulamentar e com isso inviabilizar o exercício de um direito, assegurado em um dispositivo constitucional, cuja eficácia dependa dessa regulamentação. Constitui-se, por isso, em uma ação constitucional de rito sumário, proposta contra o Poder Público. Não é cabível, portanto, quando o direito a ser regulamentado não for garantido pela Constituição; ou quando já instituído por lei infraconstitucional; ou quando a omissão for suprável por projeto de lei que ainda não foi aprovado pelo Legislativo; ou, ainda, segundo alguns estudiosos, quando houver a norma regulamentadora, ainda que omissa. O Judiciário, ao declarar a existência da omissão, caracteriza a mora a favor do impetrante e ordena ao Executivo ou Legislativo que a conserte, sem indicar procedimentos ou prazo para regularização. É uma ação declaratória e mandamental. Declaratória porque reconhece a omissão e mandamental porque o julgador ordena a solução, a quem tem competência para legislar sobre o assunto e a respectiva regulamentação. É igualmente cabível coletivamente, nas mesmas condições do mandado de segurança coletivo, no qual as entidades impetrantes visam garantir os direitos de seus associados.

Compete julgar o mandado de injunção ao STF, STJ, TREs e TJs (arts. 102, 105, 121 e 125 da Constituição de 1988). A competência para seu processamento e julgamento é definida conforme a autoridade responsável pela edição da norma faltosa. Dessa forma, será originariamente competente o Supremo Tribunal Federal, quando a edição de norma regulamentadora for de competência do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara

dos deputados, do Senado Federal, da Mesa de uma das Casas Legislativas Federais, do Tribunal de Contas da União, de qualquer dos Tribunais Superiores, inclusive, o Supremo Tribunal Federal. Em se tratando de recurso ordinário, também será competente o Supremo Tribunal Federal, quando decidido em única instância pelo Superior Tribunal de Justiça ou ainda, em grau de recurso extraordinário, quando a decisão proferida em sede de mandado de segurança contrariar a Constituição Federal. Mas será originariamente competente o Superior Tribunal de Justiça, quando a edição da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal, da Justiça do Trabalho, da Justiça Militar, da Justiça Federal e da Justiça Eleitoral. As Justiças Estaduais também têm competência para julgá-lo na forma prevista nas Constituições Estaduais. Aos juízes de direito a competência existe quando a edição da norma regulamentadora for atribuição de vereadores, de sua Mesa Diretora, do Prefeito ou de autarquia ou fundação criada pelo município.

d) A ação direta de inconstitucionalidade, assegurada pelo art. 102, inciso I a e art. 103 da Constituição Federal e Lei n. 9.868/1999, pode ser proposta, perante o STF, na hipótese em que uma lei ou ato normativo federal contradiz, em tese, uma norma constitucional. O Tribunal pode declarar a inconstitucionalidade, com efeitos de coisa julgada *erga omnes*, tornando-a inaplicável. Igualmente na hipótese em que a autoridade ou órgão público deixa de cumprir uma exigência da norma constitucional (a prática de um ato), omitindo-se de um dever que essa norma lhe impôs. Nesse caso, o STF dá ciência ao Poder competente para que tome as medidas necessárias à cessação da omissão e torne efetiva a norma constitucional. Se essa autoridade for um órgão da administração pública, consignar-lhe-á o prazo de trinta dias, para tal. As pessoas que têm legitimidade para propor essa ação são as elencadas no art. 103 da Constituição. Também pode ser proposta nos Tribunais de Justiça, na hipótese de lei municipal.

e) A ação declaratória de inconstitucionalidade tem por fundamento a EC n. 16/1965, que introduziu, na ordem jurídica, o princípio do controle

abstrato da constitucionalidade das leis e atos normativos, em substituição e redução das hipóteses de seu controle difuso. Está prevista nos arts. 102 e 103 da Constituição Federal e Lei n. 9.868/1999. Tem por finalidade, perante o STF, solucionar a incerteza acerca da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal. É uma ação similar à ADIn, embora mais restrita quanto às partes legitimadas. A diferença é que, nessa ação, inexistente o sujeito passivo. Foi introduzida pela EC n. 3/1993 com a finalidade de que o STF declare que determinada lei ou ato normativo federal é ou não constitucional, independentemente das autoridades ou órgãos que o expediram face à existência de decisões generalizadas pela inconstitucionalidade, nas instâncias inferiores. Visa evitar que, se os interessados agirem com base nessa lei (por exemplo, instituindo determinada política social), venha ela a ser declarada inconstitucional, em prejuízo da ação governamental. Não se trata de mera consulta ao STF, porque, face às controvérsias alegadas, visa unificar e pacificar a prestação jurisdicional, para evitar danos irreparáveis.

f) A arguição de descumprimento de preceito fundamental, assente nos arts. 102 § 1º e 103 da Constituição de 1988 e na Lei n. 9.882/1999, é proposta ao STF contra atos abusivos do Executivo, Legislativo e Judiciário, desde que esgotadas todas as vias judiciais, que coloquem em risco os fundamentos e objetivos da República e, em especial, a dignidade da pessoa humana e os direitos e garantias fundamentais.

PARTE IV – CONCLUSÃO

1. A instituição dos direitos sociais, no Estado Democrático de Direito (art. 6º a 11 da Constituição de 1988), resulta de um longo processo histórico, inaugurado com a revolução burguesa e a formação dos Estados nacionais, republicanos ou monárquico-parlamentares, sob a ideologia do liberalismo. De forma geral e abstrata, integram-se, nesse processo, no movimento mais amplo da instituição dos direitos humanos, no mundo ocidental, cuja primeira fase consistiu na oposição ao arbítrio monárquico-absolutista, impondo-lhe limites de interferência na sociedade civil, consistentes na formulação dos direitos individuais civis e políticos, assentes no direito à propriedade privada, sem condicionamentos sociais e, sobretudo, na concepção da igualdade abstrata e formal, de natureza contratual civilista e patrimonial. Os direitos individuais foram instituídos, no Brasil, desde a Constituição de 1824 e ampliados com a República de 1891 e Constituições seguintes.

Mas, os conflitos entre o capital e o trabalho, gerados com a implantação do capitalismo industrial, impulsionaram generalizadamente a concepção dos direitos sociais, no mundo ocidental. As relações de trabalho, até então delimitadas às relações privadas, foram subsumidas à ordem pública, por meio da regulamentação estatal e, sobretudo, pela instituição da Ordem Econômica e Social nas Constituições sociais. A par da reação frustrada do fascismo e do nazismo, a ordem capitalista reformulou-se, por meio da instituição do Estado Social, a partir do final do séc. XIX e primeiras décadas do séc. XX, na Europa (principalmente na Alemanha de Bismarck e Inglaterra de Beveridge). No Brasil, nas duas primeiras décadas do séc. XX, superando o ordenamento do Código Civil de 1916, por meio da regulamentação federal das relações entre o capital e o trabalho (Emenda Constitucional de 1926) e a instituição da função social da propriedade.

Por isso, denominamos esses direitos de clássicos, porque foram instituídos em decorrência direta da intervenção estatal no mercado de trabalho e nas relações entre o capital e o trabalho. Têm por fundamento material a contradição gerada pelos interesses entre as duas classes fundamentais no

processo de industrialização em curso, na sociedade civil; e por fundamento formal a instituição do Estado Social, como forma superior da ordem legal, reordenando as relações da sociedade civil como sua consciência coletiva, para recompor e superar as condições de estabilidade do próprio modo de produção. Nesse sentido, o Estado Social viu-se compelido a assegurar direitos que visam, formalmente, à satisfação das necessidades básicas, instituindo um quadro legal que, embora fundamentado nas relações contratuais e da propriedade privada, assegurou a instituição dos sindicatos no âmbito das negociações coletivas no mercado de trabalho; dos direitos do trabalho assecuratórios da reprodução da força de trabalho, agora plenamente reconhecida como mercadoria; e direitos previdenciários, em contrapartida da perda da capacidade laboral, temporária ou definitivamente. Os direitos sociais clássicos, gerados na segunda fase do processo de instituição dos direitos humanos, ficaram assim delimitados, desde sua gênese, à parcela da população trabalhadora.

Resultam desse processo, portanto, duas conclusões. A primeira, de que esses direitos, do ponto de vista de sua determinação formal, seriam inconcebíveis sem a prévia formulação dos direitos individuais civis e políticos, sobretudo em decorrência da natureza do princípio da igualdade formal, sem a qual não se viabilizaria a inseminação de sua contradição histórica com a reivindicação operária pela igualdade real ou material. É o que revela a análise dos textos constitucionais, desde a formação do Estado nacional brasileiro em 1824, até a instituição do Estado Democrático de Direito, com a finalidade de apreender o processo de institucionalização dos direitos sociais e sua natureza jurídico-política. Ao examinarmos as Cartas de 1824 e de 1891, que são omissas, a respeito, constatamos que, entretanto, ao se limitarem à instituição dos direitos individuais civis e políticos, criaram o lastro institucional que permitiu a assunção dos direitos sociais clássicos pela Constituição de 1934 e, nas constituições seguintes, sua ampliação sucessiva, embora com rupturas, recuos e avanços. A par disso, nesse processo, constatamos a instituição rudimentar de alguns direitos sociais universais, sobretudo a educação e a saúde, mas que somente adquiriram condições de efetividade e de

universalidade em 1988. Isso nos revelou que os direitos sociais resultam de um processo histórico de inserção de novas dimensões que, de forma genérica, podemos denominar de desenvolvimento dos direitos humanos. A segunda, justamente por que restritos aos trabalhadores, suscitaram por si mesmos uma nova contradição: a exclusão da maioria da população não trabalhadora do acesso à satisfação das necessidades básicas, em situações de risco e vulnerabilidade social. Essa contradição, no entanto, já se formulava institucionalmente, nos quadros do Estado Social, visto que, sendo os direitos sociais uma expressão dos direitos humanos, implicavam desde sua gênese no princípio de sua universalidade. Nem por isso é que o Estado de 1934, desde sua inauguração, viu-se na contingência de instituir apenas o ensino e o atendimento médico à população em geral, formas rudimentares do acesso primário ao direito à educação e à saúde. Mesmo assim, sequer como direitos subjetivos públicos, vinculados a políticas públicas, relegando-os ao mero assistencialismo privado das santas casas e das escolas de iniciativa religiosa. Assegurados, pelo Estado de 1934, com certa efetividade, somente aos trabalhadores. Já os direitos, que denominamos de universais, embora também visem assegurar o acesso à satisfação dos mínimos sociais, entretanto não têm por pressuposto a prévia vinculação às relações de trabalho e sim aquelas situações de risco e vulnerabilidade social, que constituem os requisitos institucionais para a admissibilidade do respectivo direito. São universais porque assegurados a toda a população, nessas condições. No interior desse processo, constatamos, a partir do Estado de 1946 até a extinção do regime militar, um maior desenvolvimento do direito à saúde e à educação, já desvinculados das relações de trabalho, mas ainda sob as mesmas condições, acima indicadas. A partir dos anos 1970, como vimos, desenvolveu-se a demanda social por esses direitos, resultante da luta das parcelas da população, organizadas em movimentos sociais, sob inúmeras formas de organização, com fundamento no princípio de universalização dos direitos humanos, tendo como base o valor da dignidade da pessoa humana.

Com o Estado Democrático de Direito, os universais foram então instituídos como direitos subjetivos públicos, direitos de cidadania e dever de

sua efetividade pelo Estado, por meio de políticas públicas; porém, agora, sob a determinação das relações de reprodução e, portanto, sob a ótica dos direitos de acesso aos bens necessários à vida com dignidade, segundo níveis de renda, indicadores de pobreza ou abaixo da linha de pobreza. Seu fundamento deslocou-se, portanto, do pressuposto das relações de trabalho para as relações de consumo.

Constatamos, assim, que tanto os direitos sociais clássicos quanto os universais se identificam do ponto de vista de sua finalidade, que é a satisfação dos mínimos sociais; mas se distinguem quanto aos pressupostos de sua aquisição: os primeiros decorrentes diretamente das relações de trabalho formal e os segundos da situação de risco e vulnerabilidade social, decorrente da exclusão dessas relações, embora por elas determinados, indiretamente. Por isso essa distinção formula a caracterização dessa situação no âmbito do acesso aos bens básicos à sobrevivência, medida por níveis de renda familiar. Se é certo que, no amplo significado jurídico-político da ordem social, os direitos sociais como um todo têm em vista assegurar o atendimento dos mínimos sociais; entretanto, os clássicos são adquiridos pela população inserida na atividade fundamental, que é o trabalho. Já os universais são atribuídos às parcelas da população que se encontrem em determinada situação social, considerada socialmente injusta e de mal-estar social, assim definida não mais pela renda do trabalho, mas pela insuficiência ou mesmo ausência de renda de qualquer origem, que lhes permita o acesso a tais bens. Nessas condições, constatamos que o deslocamento dos fundamentos dos direitos universais das relações de trabalho para as relações de reprodução ou consumo promove o ocultamento das determinações da crise do trabalho e desemprego promovida pelo processo de globalização e reestruturação produtiva. Sob esse aspecto, os direitos sociais universais apresentam, portanto, uma ambiguidade, configurando-se, de um lado, um imenso avanço das lutas sociais pelo direito à dignidade; mas, de outro, apenas como expressão da crise de consumo, reduzindo seus titulares a carentes e pobres sem renda, como se sua situação social não decorresse da crise do trabalho. Por isso mesmo, no art. 193 da Constituição de 1988, o trabalho se configura

como base da Ordem Social; enquanto o bem-estar e a justiça social, que são o fundamento dos direitos universais, configuram-se como seu objetivo. Embora os titulares dos direitos clássicos também sejam titulares dos direitos universais, se estiverem em situação de injustiça e mal-estar sociais; os titulares destes últimos, entretanto, podem não ser titulares - e geralmente não são – dos direitos clássicos.

2. Concluimos também que o Estado Democrático de Direito não é apenas uma reforma do Estado Social de 1934, em suas formações corporativista (1934), social-liberal (1946) e social-ditatorial (1967/1969) porque evidenciam características comuns que o Estado Democrático de Direito superou; e cuja natureza jurídico-institucional expressa uma nova formação estatal, de que os direitos sociais universais são sua formulação integrativa mais significativa.

Nesse sentido, constatamos que a instituição desses direitos, em 1988, no Título II constitucional, a par da ampliação dos direitos civis individuais e coletivos e dos direitos políticos, no art. 14 (plebiscito, referendo e iniciativa popular das leis), conjugada com o princípio da participação direta do povo na deliberação e fiscalização da execução das políticas sociais (art. 1º § único), por meio dos conselhos, significa que a instituição do Estado Democrático de Direito expressa a superação do Estado Social, pelo menos nos moldes em que vigeu desde a Constituição de 1934 até 1988, apesar de suas distintas configurações históricas. Tal se conota, ainda, em decorrência do princípio da universalidade dos direitos sociais, ponderado com o princípio da seletividade. (art.194)

3. Concluimos, além disso, que a apreensão da natureza jurídico-política dos direitos sociais revela-se, de forma original, no contexto do conjunto de valores ético-constitucionais, sobretudo da igualdade e da solidariedade, instituídos no pórtico constitucional, os quais derivam e são expressão do valor supremo da dignidade. (art. 1º inciso III) Também nesse sentido, o Estado Democrático de Direito caracteriza-se, de forma inovadora, por elegê-lo como um valor ético central, (item 3.2. Cap. II, PARTE II) inseminando, entre seus objetivos fundamentais, (art. 3º) o ideal de uma sociedade livre, justa e

solidária, de erradicação da pobreza e da marginalização e de redução das desigualdades sociais e regionais. Esse propósito inovador, a par de outros adiante citados, em que assenta a instituição dos direitos sociais, denota uma alteração substancial na concepção tradicional das relações do Estado com a sociedade civil, vigentes no Estado Social; instituindo, sobretudo, a ética constitucional como pressuposto da organização e do funcionamento da própria organicidade do aparelho estatal no seu todo. As atividades de interesse público, até então restritas à atividade estatal, passaram a ser reconhecidas em diversas áreas de atividades da própria sociedade civil, um movimento iniciado a partir dos anos 1970, dos movimentos sociais e da crescente participação das entidades e organizações civis nas políticas sociais, diluindo as fronteiras tradicionais entre Estado e sociedade civil, como analisamos em capítulo próprio.

4. O Estado Democrático de Direito instituiu as políticas sociais como políticas de Estado e instrumento da efetividade dos direitos sociais. Denota-se, no entanto, em decorrência do processo da globalização das relações econômicas e entre os próprios Estados nacionais que, enquanto as políticas econômicas se internacionalizaram, as políticas sociais, ao mesmo tempo em que assentam na universalidade, são especificamente determinadas por condições internas e regionais (territorialização, setorialização, migração, etc.); tendendo, por isso, a se tornarem políticas de governo, dependentes das coalizões partidárias e, por isso, de efeito precário.

5. A Constituição de 1988, para tanto, assegurou à população o direito de representação coletiva de seus interesses por meio das associações; (inciso XVII art. 5º) pela primeira vez na história brasileira, a autonomia e liberdade sindical; (art. 8º) inclusive dos servidores públicos civis. (incisos VI e VII do art. 37) Como vimos, (PARTE III, Capítulo II) foi assegurada a participação da sociedade civil na deliberação das políticas públicas, sobretudo as sociais; (inciso VII do art. 194) e, também, importantes instrumentos judiciais para a garantia de direitos, como o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão; as relações entre o Estado e a sociedade civil superaram a rígida dicotomia que

caracterizava o Estado Social, mormente pela instituição da democracia direta e participativa da população como importante instrumento de controle social jamais admitido anteriormente; o Ministério Público foi contemplado com novas competências, que lhe permitiram, desde então, agir eficazmente em defesa dos direitos transindividuais; e instituída, inovadoramente, a Defensoria Pública, em defesa judicial integral e gratuita dos interesses das pessoas carentes; os municípios passaram a integrar institucionalmente o sistema federativo com importantes atribuições democráticas; a Ordem Social, que no Estado Social estava atrelada à ordem econômica porque reduzida ao conflito entre o capital e o trabalho, desvinculou-se dos limites desse determinismo mecanicista e passivo e assumiu ativamente o encargo de políticas sociais.

6. Especificamente sobre a relação entre as duas ordens, releva notar que teve por consequência, sobretudo, a interpretação dos direitos sociais não mais como meramente programáticos, mas com eficácia jurídico-constitucional, em conexão lógico-categorial com outras instituições constitucionais e com valores éticos que os insemnam. A inserção da Ordem Social em um título próprio, (Título VIII) até então sempre instituída na mesma titulação da ordem econômica e determinada por sua lógica, superou a concepção economicista que reduzia os direitos sociais aos direitos clássicos.

7. Também se demonstrou evidente o descompasso entre a institucionalidade do Estado de 1988 e a efetividade de suas instituições. Afinal, o ato histórico da Assembleia Nacional Constituinte, em aprovar a nova Constituição, não teve e nem poderia ter o condão de tornar efetiva a nova forma estatal. No dia seguinte, o Estado anterior continuou incólume. E, até hoje, mais de vinte anos depois, ainda prosseguem os atos de sua institucionalização, embora já tenha sido implementado em grande parte. Tal inefetividade relativa, entretanto, revela-se agora com relação aos direitos sociais universais, visto que os clássicos dispuseram, desde 1934, de órgãos federais e garantias judiciais que os asseguram crescentemente. Um Estado cujos governos continuam relativamente inefetivos com relação aos comandos constitucionais, sendo sucessivamente demandado no Supremo Tribunal Federal, por ações diretas de inconstitucionalidade por omissão e mandados

de injunção. Nesse sentido, como vimos, enquanto os direitos sociais clássicos se caracterizam, basicamente, pela implementação de sua efetividade; esta, nos universais, está ainda às voltas pela implementação de sua eficácia, pelos motivos expostos, em decorrência dos requisitos de sua institucionalidade, condição de sua plena efetividade.

Apesar disso, no entanto, interpretadas em seu conjunto, essas instituições, sobretudo os direitos sociais universais e as políticas sociais que os implementam, caracterizam o Estado Democrático de Direito como uma formação substancialmente distinta do Estado Social instituído em 1934 até 1967/69, em um novo e superior patamar de relações político-institucionais.

BIBLIOGRAFIA

ADRIANA, A. Loche e outros. **Sociologia Jurídica, estudos de sociologia, direito e sociedade**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

ANTEPROJETO AFONSO ARINOS – **Comissão Provisória de Estudos Constitucionais**. Diário Oficial da União n. 185 28/09/1986 – Suplemento Especial – Brasília-DF. In Disponível em <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>>. Acessado em 18 jan. 2011.

AGUIAR, Roberto de. **Direito, Poder e Opressão**. São Paulo: Alfa-Ômega, 1980.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2. ed, 2008.

ALVES, Alaôr Caffé. **Fundamentos do direito e meio ambiente**. In: PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo; (edit.). Curso interdisciplinar do direito ambiental.

AMARAL, Ângela Santana de. A categoria sociedade civil na tradição liberal e marxista. In: MOTA, Ana Elizabete (org.). **O mito da assistência social. Ensaio sobre estado, política e sociedade**. São Paulo: Cortez, 1995.

AMPAR. **Associação dos Magistrados do Paraná**. In: Disponível em <<http://www.amapar.com.br>>. Acessado em 09 mar. 09.

ANDERSON, Wilfred A. e PARKER, Frederick B. **Instituições e entidades institucionais**. In: Trechos Seleccionados de Introdução à Sociologia, II v. Ciclo Básico de Ciências Humanas-PUC/SP. São Paulo: 1973.

ANISTIA INTERNACIONAL. Informe 2008. Revista Consultor Jurídico. In: Disponível em <<http://www.aprovando.com.br>>. Acessado em 28 mai. 2008.

ARAÚJO, Caetano Ernesto Pereira e MACIEL, Eliane Cruxên Barros de Almeida. **A Comissão de Alto Nível-História da Emenda Constitucional n.1 de 1969**. In: Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/conleg/artigos/direito/acamaraalta.pdf>>. Acessado em 02 jun. 2011.

ARAÚJO, Denise Silva. In: Disponível em: <http://professor.ucg.br/siteDocente/admin/arquivosUpload/3172/Educa%77o na Era Vargas>>. Acessado em 06 mar. 09.

ARRETCHE, Marta. **Federalismo e Políticas Sociais no Brasil: problemas de coordenação e autonomia**. São Paulo: São Paulo em Perspectiva, v.18, n.2, abril/junho, 2.004.

ARRUDA, Marcos e CARDEIRA, César. **Como Surgiram as Constituições Brasileiras**. RJ: FASE Projeto Educação Popular para a Constituinte, 1986.

ASSIS, J. Carlos de. **Trabalho como Direito-Fundamentos para uma política de promoção do pleno emprego no Brasil**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2002.

BARROS, Alberto da Rocha. **Origens e Evolução da Legislação Trabalhista**. Rio de Janeiro: Laemmert, 1969.

BARROS, Roque Spencer Maciel de. **Estudos Liberais**. São Paulo: T. A. Queiroz, 1992.

BARROS, Sérgio Resende de. **Contribuição Dialética para o Constitucionalismo**. Campinas, SP: Millenium Editora, 2007.

BEHRING, Elaine Rossetti; BOSCHETTI, Ivanete. **Política Social: fundamentos e história**. (Biblioteca básica de serviço social; v.2) São Paulo: Cortez, 2007.

BÉLGICA, Estado da. Disponível em: <http://www.belgica.org.br/estado_federal>. Acessado em 14 set. 2009.

BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita. **A cidadania ativa – referendo, plebiscito e iniciativa popular**. São Paulo: Ática, 1991.

BEZERRA, H.G. **O Jogo do Poder: Revolução Paulista de 1932**. São Paulo: Moderna, 1988, p.11.

BIAGI, Bruno. **Lo Stato Corporativo**. Roma: Quaderni Dell'Istituto Nazionale Fascista di Cultura – Serie Quarta, I, 1934-XII.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. **Um Novo Conceito de Democracia Direta e sua Aplicabilidade ao Brasil**. Discurso de abertura na XV Conferência Nacional da OAB, sobre o tema Ética, Democracia e Direito, Foz de Iguaçu, 4 a 8 de set. de 1994.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Malheiros, 8 ed. 2010.

BORGES, Zilma. **O Significado do trabalho**. Uma reflexão sobre a institucionalização do trabalho na empresa integrada e reflexiva. Disponível em: <[http://www.unisantos.br_mestrado_gestao-egesta_artigos_98\[1\]](http://www.unisantos.br_mestrado_gestao-egesta_artigos_98[1])>. Gesta, v.3, n.1 jan-mar. 2007.

BORGETHO, Michel. **L'accès aux droits sociaux: quelle effectivité ? Droit e Pauvreté – Contributions issues Du séminaire.** ONPES-DREES –MIRE – coordonné para Patrick Du Cheyron et Didier Gélot, 2.007, p.105 - [www.onpes.gouv.fr/IMG/livre_entier_web/droit e pauvreté](http://www.onpes.gouv.fr/IMG/livre_entier_web/droit_e_pauvreté). Acessado do em 13 jul. 2010.

BRANDÃO, Juarez Lopes. **Desenvolvimento e Mudança Social.** São Paulo: Nacional, 1972.

BRASIL. Código Civil (1916). **Código Civil e legislação civil em vigor.** Theotonio Negrão – organização, seleção e notas. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. Código Civil (2002). **Novo Código Civil Comentado.** Ricardo Fiuza-Coordenação, São Paulo: Saraiva, 1. ed. 2003.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 42. ed. 2009.

_____. Constituições do Brasil. In: CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Todas as Constituições do Brasil.** São Paulo: Atlas, 1978.

_____. **Constituição de 1824.** In: São Vicente, José Antônio Pimenta Bueno, marquês de, 1803-1878/ organização e introdução de Eduardo Kugelmas. São Paulo: Coleção Formadores do Brasil, ed. 34, 2002.

_____. Estado da Bélgica. Disponível em: <http://www.belgica.org.br/estado_federal>. Acessado em 14 set. 2009.

_____. **Planalto.** In: Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br/legislacao> e www.senado.gov.br e www.camara.gov.br/legislacao>. Acessados em 23 jul. 2009.

_____. Reportagem. **Salário 14 anos de regime forçado.** São Paulo: Faro Editorial, Ano I n. 1, 1993.

_____. **Conselho 1986.** Disponível em: <http://www.conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatório_8>. Acessado em 03 fev. 2012.

CADERNOS DO PRESENTE 2. **Greves Operárias (1968-1978).** Belo Horizonte: Aparte, julho 1978.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e Democracia.** 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CAMPOS, Edival Bernardino. **Usuários da Assistência Social: entre a tutela e o protagonismo**. In: Assistência social e filantropia: novo marco regulatório e o cenário contemporâneo de tensões entre o público e o privado/Carolina Gabas Stuchi, Renato Francisco dos Santos Paula, Rosângela Dias Oliveira da Paz (organizadores). São Paulo: Giz Editorial, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. **Jornal do Advogado**. n. 330, OAB/SP, Ano XXXIV, julho, 2008.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil – O Longo Caminho**. 11. ed. RJ: Civilização Brasileira, 2.008. p. 111-112.

CASTEL, Robert. **Les Métamorphoses de La Question Social**. Paris: Fayard, 1995.

CERRONI, Umberto. **O Pensamento Jurídico Soviético**. Lisboa: Publicações Europa-América – Biblioteca Universitária, 1976.

CESARINO JÚNIOR, Antônio. **Direito Social do Trabalho**. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 3. ed. 1953.

_____. **Estabilidade e Fundo de Garantia**. Rio de Janeiro: Forense, 1. ed. 1968.

CHAIA, Miguel Wady. **Intelectuais e sindicalistas: a experiência do DIEESE, 1955-1990**. Ibitinga, SP: Humanidades, 1992.

CIDADES. Disponível em: <http://www.web.observatoriodasmetrolopes.net/planosdiretores/download/cartilha>. Acessado em 13 fev. 2010.

CITADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

COHN, Amélia; DRAIB, Sonia; KARSCH, Úrsula. **Desafios Atuais para a Assistência Social: a busca de alternativas**. Serviço Social & Sociedade, n. 23, ano VIII. São Paulo: Cortez, abr. 1987.

COHN, Amélia. **A questão social no Brasil: a difícil construção da cidadania**. In: Viagem Incompleta – A Experiência Brasileira (1500-2000) – A Grande Transação, Carlos Guilherme Mora (organizador) – 2. ed. São Paulo: SENAC São Paulo, 2000.

_____. **Estado e Sociedade e as reconfigurações do direito à saúde**. Rio de Janeiro, Ciência & Saúde ISSN 1413-8123 v. 8. Rio de Janeiro: 2003. Disponível em: <http://www.scielosp.org/scielo>. Acessado em 02 out. 09.

COLIN, Denise Ratmann Arruda. **A gestão e Financiamento da Assistência Social transitando entre a filantropia e a política pública.** In: Assistência Social e Filantropia: novo marco regulatório e o cenário contemporâneo entre o público e o privado/Carolina Gabas Stuchi, Renato Francisco dos Santos Paula, Rosângela Dias Oliveira da Paz (organizadores). São Paulo: Giz Editorial, 2010.

CONJUR – Consultor Jurídico. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2010-jun-08>>. Acessado em 07 jul. 2010.

CONSEA. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br/consea>>. Acessado em 14 ago. 2010.

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO-CLT. São Paulo: Saraiva, 31. ed. 2004.

CONTROLE SOCIAL. Disponível em:<<http://www.rededecontrolesocial.org.br>>. Acessado em 07 jul. 2010.

CPDOC/FGV. In: Disponível em:<<http://www.cpdoc.fgv.br>>. Acessado em 19 mar. 2009.

CUNHA, Mário Wagner Vieira. **O Sistema Administrativo Brasileiro, 1930-1950.** Rio de Janeiro: MEC-Instituto Nacional de Estudos Pedagógicos, Coleção O Brasil Urbano, v. 2, 1963.

DAGNINO, Evelina (org.) **Sociedade civil e espaços públicos no Brasil.** São Paulo: Paz e Terra, 2002.

DE SCHUTTER, O. **Les générations des droits de l’homme e l’interaction des systèmes de protection: les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux.** Chroniques de l’OMIJ, n. 2, PULIM: 2004.

DIAZ, Elias. **Estado de Direito e Sociedade Democrática – O que é Estado de Direito.** Lisboa: Iniciativas Editoriais, Coleção Século XX-XXI, 1972.

DIEESE. Divulgação, 17/80. São Paulo, mimeo, p.1.

EDUCAÇÃO. História do Brasil. Disponível em:<<http://www.educacao.uol.br/historia-brasil>>. Acessado em 09 mar. 2011.

ESPÍNOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FACHIN, Luís Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERNANDES, Anníbal. **O Trabalhador Autônomo**. São Paulo: Atlas, 1983.

FERNANDES, Florestan. **A Revolução Burguesa no Brasil**. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

FERRANTE, Vera Lúcia Botta. **FGTS: Ideologia e Repressão**. São Paulo: Coleção Ensaios, n. 44. Ática, 1978.

FERRAREZZI, Elisabete. **A Mudança do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil**. In: Anais do III Congresso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y la Administración Pública. Madrid: 14-07 out. 1998.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo e GUIMARÃES Júnior, João Lopes. **A necessária elaboração de uma nova doutrina do Ministério Público compatível como seu atual perfil constitucional**. In: Ministério Público-Instituição e Processo – Perfil Constitucional, Independência, Garantias, Atuação, Processo Civil e Criminal, Legitimidade, Ação Civil Pública, Questões Agrárias. Antônio Augusto Mello Camargo Ferraz (coordenador). São Paulo: Atlas/IDEC, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 33. ed. 2007.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. **Intervenções Sindicais e o “Novo Sindicalismo”**. Rio de Janeiro: Revista Dados, n. 17, 1978.

FIUZA, César. **Direito Civil**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FOLHA DE SÃO PAULO, 20/11/1982, p.8.

_____. 05/01/2008:C4.

FRANCO, Augusto de. **Uma nota sobre a questão do fim público das organizações do Terceiro Setor – seu papel na expansão da esfera pública e na reforma do Estado**. Conjuntura e Planejamento. Salvador: SEI, n. 50, jul. 1998.

FRANCO SOBRINHO, M. O. **Fundações e Empresas Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FREITAS, Newton. In: Disponível em: <<http://www.newton.freitas.nom.br/artigos.>> Acessado em 07 mar. 09.

FRENCH, John D. O ABC dos Operários. **Conflitos e alianças de classe em São Paulo, 1900-1950**. São Paulo: Hucitec, 1995.

GALDINO, Flávio. **O custo dos direitos**. In: TORRES, Ricardo Lobo. Legitimação dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GOLDMAN, Lucien. La Ilustración y la Sociedad Actual, Cap. I. **La burguesia cristiana y la ilustración**. Caracas: Monte Avila, 1968.

GOMES, Angela Maria de Castro. **Burguesia e Trabalho: Política e Legislação Social no Brasil, 1917-1937**. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 – Interpretação e Crítica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GUEDES, Peri Marco Aurélio. **O Estado e a Ordem Econômica e Social: A Experiência Constitucional da República de Weimar e a Constituição Brasileira de 1934**. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

GUIMARÃES, Mário. **O Juiz e a Função Jurisdicional**. Forense, 1. ed. 1958.

IBGE, **1957**. Serviço de Estatística da Previdência e Trabalho e Anuário Estatístico do Brasil 1941-1945. Rio de Janeiro: IBGE, v.6, 1946.

IBGE, **1946**. Serviço de Estatística da Previdência e Trabalho e Anuário Estatístico do Brasil 1941-1945. Rio de Janeiro: IBGE, v.6, 1946.

IBGE, **2010**. Serviço de Estatística da Previdência e Trabalho e Anuário Estatístico do Brasil 1941-1945. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/.../default sazonal.shtm>>. Acessado em 09 dez. 2010.

IBRE. Instituto Brasileiro de Economia - Centro de Políticas Sociais. Disponível em: <<http://www.ibre.fgv.br>>. Acessado em 07 ago. 08.

JACCOUD, Luciana de Barros. **Política Pública e Oferta Privada: um desafio para a consolidação da política nacional de assistência social**. In: Assistência social e filantropia – novo marco regulatório e o cenário contemporâneo de tensões entre o público e o privado / Carolina Gabas Stuchi, Renato Francisco dos Santos Paula, Rosângela Dias Oliveira da Paz (organizadores). São Paulo: Giz Editorial, 2010.

JAGUARIBE, Hélio. **Sociedade, Mudança e Política**. São Paulo: Perspectiva, 1975.

KLIKSBERG, Bernardo. **Como reformar el Estado para enfrentar los desafios del 2000?** II Forum Global Estado Democrático e governança no século XXI, Brasília, 29 a 31 de mai. 2000.

LACERDA, Maurício. **A Evolução Legislativa do Direito Social Brasileiro (originais de 1959)**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, Brasil – Século 20, 1980.

LAFER, Celso. **Direitos Humanos e Democracia: no plano interno e internacional.** In: Desafios: ética e política, Siciliano, 1995.

LAUERHASS, Ludwig Jr. **Getúlio Vargas e o triunfo do nacionalismo brasileiro – estudo do advento da geração nacionalista de 1930.** Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Editora da USP, 1986.

LAURELL, Asa Cristina (Org.). **Avançando em direção ao passado: A política social do neoliberalismo. Estado e Políticas Públicas.** São Paulo: Cortez, 1995, p.151-178.

LEITE, Celso Barroso (org.) **Assistência Médica in Um Século de Previdência Social.** Rio de Janeiro: Zahar, 1983.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento.** Brasília: UNB, 1980.

MACIEL, José Alberto Couto. **A Justiça do Trabalho no Brasil, 1941-1981.** Revista Legislação do Trabalho. LTr, fev. 1982, p.144.

MAIA, Rousiley C. M. **O Papel Democrático da Sociedade Civil em Questão.** Lua Nova, São Paulo, 81, 2010. In: Disponível em:<<http://www.scielo.br/pdf/in/n81/a07n81.pdf>>. Acessado em 13 dez. 2011

MARSHALL, T.H. **Cidadania, Classe Social e Status.** Zahar Editores: Rio de Janeiro: 1967.

MARX, Karl. **A Questão Judaica.** Laemmert: Rio de Janeiro, 1969.

MARX, K e ENGELS, F. **La Ideologia Alemana.** 5. ed. Montevideo-Barcelona, Ed. Pueblos Unidos-Grijalbo S.A., 1974. p.73.

MARX, Karl. **Prefácio da Contribuição à Crítica da Economia Política.** Lisboa: Editorial Estampa, 1974.

_____. **O Capital.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira - Livro I, Vol. II, Capítulo XXIII (Lei geral da acumulação capitalista), 1981.

MARX, Karl. **Para a Crítica da Filosofia do Direito de Hegel – Introdução** (tradução: Arthur Morão). Coleção textos clássicos Lusofia, Universidade da Beira Interior: Covilhã, 2008.

MBAYA, Etienne-Richard. **Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas.** Estudos Avançados – Instituto de Estudos Avançados da USP, vol. 11, n.30 São Paulo maio/agosto, 1997. In: Disponível em:<<http://www.estudosavancados@usp.br>>. Acessado em 13 fev. 2010.

MEC. In: Disponível em:<<http://www.mec.gov.br>>. Acessado em 01 abr. 2010.

MELO, Larissa Weine Torres de. **A Defensoria Pública como meio de acesso do cidadão à Justiça.** mai. 2007. In: Disponível em: <<http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/84/mono.pdf>>. Acessado em 07 mar. 2011.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais.** 1. ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDONÇA, Adriano Lino Mendonça e VLACH, Vânia Rubia Farias. **Cidadania no Brasil?** In: Disponível em: <<http://www.ebah.com.br>>. Acessado em 10 mar. 09.

MONTESQUIEU, Charles de. **Do Espírito das Leis.** São Paulo: Abril Cultural. Coleção: Os Pensadores, 1973 (texto integral também) In: Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos.hdh_montesquieu_o_espirito_das_leis.pdf>. Acessado em 03 jan. 2012

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** Atlas. São Paulo, 5. ed., 1999.

MORAES Filho, Evaristo de. **O Problema do Sindicato Único no Brasil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Alfa-Ômega, 1978.

MORAES Filho, Evaristo de. SAES, Décio. GORENDER, Jacob. FORMAN, Shepard. **Trabalhadores, Sindicatos e Política.** São Paulo: CEDEC/Global – Coleção Cultura & Política, s/data.

MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do Capitalismo.** Coimbra: Centelha, 1973.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **O Salário.** São Paulo: LTR, 1968.

NASCIMENTO, Floriano de Lima. **Constituições Econômicas Brasileiras.** In: Disponível em: <<http://www.fbde.org.br>>. Fundação Brasileira de Direito Econômico. Acessado em 10 mar. 2009.

NEGREIROS, T. **Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa Fé.** Rio de Janeiro: Renovan, 1998.

NOVA ESCOLA. Disponível em: <<http://revistaescola.abril.com.br/politicas-publicas>>. Acessado em 31 ago. 2010.

NUNES, Antônio Cláudio. **O Poder Judiciário: tendência e Leituras**. Boletim Informativo Bibliográfico de Ciências Sociais, São Paulo, ANPOCS-Ed. Relume Dumará, 1º semestre, 1982, n.13.

OLIVEIRA, Plínio Correa. **Pela Pluralidade Sindical**. Legionário n. 239 11 abr. 1937. In: Disponível em:<<http://www.pliniocorreadeoliveira.info/LEG>>. Acessado em 17 mar. 2009.

OLIVEIRA, Marcelo Carleial. **Unidade e Pluralidade Sindical**. In: Disponível em:<<http://www.direitonet.com.br/artigos/Unidade-e-Pluralidade-Sindical>>. Acessado em 08 mar. 2009.

OVIEDO, Carlos Garcia. **Tratado Elemental de Derecho Social**. Madrid: 1. ed. Victoriano Soares, 1934.

PAIM, Antônio. **História do Liberalismo Brasileiro**. São Paulo: Mandarim, 1998.

PARLEMENT EUROPÉEN. Direction Générale des Études. Document de Travail. Droits Fondamentaux em Europe – Séries Affaires Sociales – Soci 104 FR 1999. In: Disponível em:<<http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci>>. Acessado em 03 jul. 2010.

PAZ, Rosangela Dias Oliveira da. **Dimensões e indicadores de participação social na avaliação de programas habitacionais**. Tese de doutorado. São Paulo, PUC, 2002.

PEREIRA, Lígia Maria Leite e FARIA, Maria Auxiliadora de. **Presidente Antônio Carlos-Um Andrada da República e o Arquiteto da Revolução de 30**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998. p. 31.

PEREIRA, Luís Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (orgs.). **O Público não estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, CLAD, 1999.

PESSANHA, Érica. **A Eficácia dos Direitos Sociais Prestacionais, Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Ano VII, n. 8. Jun. 2006. In: Disponível em:<<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/32796/31991>>. Acessado em 13 out. 2009.

PINTO Filho, Artur. **Constituição, Classes Sociais e Ministério Público**. In: Ministério Público-Instituição e Processo – Perfil Constitucional, Independência, Garantias, Atuação, Processo Civil e Criminal, Legitimidade, Ação Civil Pública, Questões Agrárias. Antônio Augusto Mello Camargo Ferraz (coordenador). São Paulo: Atlas/IDEC, 1997.

PONTES, Sandra Soares de. **Conselhos de Políticas Públicas: contribuindo para a construção da democracia no Brasil.** *Paper* apresentado no Centro Universitário do Maranhão – UNICEUMA, sem data. In: Disponível em: <<http://www.mp.ma.gov.br/site/.../doutConsPoliticaPublicas.doc>>. Acessado em 09 set. 2010.

PORTELLI, Hugues. **Gramsci e o bloco histórico.** Trad. Angelina Peralva. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

PRONES, Carol; CORREAS, Oscar (coord.). **Teoria Crítica dos Direitos Humanos.** In memoriam Joaquim Herrera Flores. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

QUIRINO, Célia Galvão e MONTES, Maria Lúcia. **Constituições Brasileiras e Cidadania.** São Paulo: Atlas, Série Fundamentos, 1987.

RAICHELIS, Raquel. **Esfera Pública e Conselhos de Assistência Social: caminhos de construção democrática.** São Paulo: Cortez, 1998.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** São Paulo: Saraiva, 1969.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. Ministro do STJ. **Autonomia Administrativa e Financeira do Poder Judiciário.** Palestra proferida em 02/10/1991 na VII Conferência dos Advogados do Estado do Rio de Janeiro – Congresso Sobral Pinto. In: Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/216>>. Acessado em 26 set. 2011.

RIBEIRO, Renato Janine. **A Constituição contra a Constituinte.** In: A Constituinte em Debate, Luiz Roberto Salinas Fortes e Milton Meira do Nascimento (orgs.). São Paulo: SOFIA Editora SEAF, 1987.

RIVIERO, Jean. **Libertés Publiques:** PUF, Thémis, 2003, p. 86-91 (citado por ROMAN, Diane).

ROMAN, Diane. **Les droits sociaux: des droits à part entière? Éléments pour une réflexion sur la nature et la justicibilité des droits sociaux - Droit e Pauvreté – Contributions issues du séminaire.** ONPES-DREES – MIRE – coordonné para Patrick Du Cheyron et Didier Gélot, 2007. p. 35. Disponível em: <http://www.onpes.gouv.fr/IMG/livre_entier_web/droit_e_pauvreté>. Acessado em 13 jul. 2010.

SANDRONI, Paulo. **Dicionário de Administração e Finanças.** São Paulo: Best Seller, 1996.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A Crise do Paradigma**. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de (Org.) Introdução à Crítica do Direito. Universidade de Brasília. Cead/NEP, Série O Direito Achado na Rua, v. I, 1993.

_____. **Pela Mão de Alice: o Social e o Político na Pós-Modernidade**. São Paulo: Cortez, 1995.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada: o debate contemporâneo**. v.1 (s.l.) São Paulo: Ática, 1994.

SAÚDE. In: Disponível em:<<http://www.saúde.gov.br>>. Acessado em 01 abr. 2010.

SÃO PAULO (Estado). Prefeitura 2010. **Censo da População em Situação de Rua da Cidade de São Paulo 2009/2010**. In: Disponível em:<<http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias>>. Acessado em 13 ago. 2010.

SCHWARTZMAN, Simon. **Pobreza, exclusão social e modernidade: uma introdução ao mundo contemporâneo**. Augurium Editora, São Paulo, 2004.

SEGURADO, Milton Duarte. **O Direito no Brasil**. São Paulo: Bushatsky, Editora da Universidade de São Paulo, 1973.

SILVA, Hélio. **1937 - Todos os Golpes se Parecem**. São Paulo: Civilização Brasileira, 1970.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 15. ed. 1998.

_____. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIMÕES, Carlos. **Direito do Trabalho e Modo de Produção Capitalista**. São Paulo: Símbolo, 1979. Disponível em:<<http://www.carlossimoes.com.br>>.

SINASE. **Documento Referencial para o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo**. Brasília: CONANDA – Secretaria Especial dos Direitos Humanos/UNICEF, mai. 2006.

SINGER, Paul. **A Economia Brasileira depois de 64**. São Paulo: Revista Debate e Crítica, Hucitec, n.4, 1981.

SOARES, Alcides Ribeiro. **Monopólio, dívida externa e inflação**. São Paulo: Fix, 1980.

SPOSATI, Aldaísa de Oliveira. **Os Direitos (dos Desassistidos) Sociais**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1995.

SUAS. Sistema Único de Assistência Social – MDS – Resolução CNAS n. 130 de 15/07/2005: NOB/SUAS de 23/09/2005. In: Disponível em:<<http://www.cnas.gov.br/legislacao/resolucoes>>. Acessado em 01 set. 2010

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1983.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 6. ed. 2008.

TELLES, Vera Lúcia da Silva. **Direitos Sociais: afinal do que se trata?** In: Disponível em:<http://www2.ibam.org.br/biblioteca%2FArtigos/Direitos_Sociais>. Acessado em 17 nov. 2008.

TOLBERT, Pamela S. & ZUCKER, Lynne. **Institutional sources of change in the formal structure of organizations: the diffusion of civil service reform, 1880-1935**. *Administrative Science Quarterly*, 28, 1983. p. 22-39.

TORRES, Aimbere Francisco. **Direito e valor. O valor da pessoa humana**. In: Disponível em:<<http://www.advogado.adv.br/artigos/29006/aimberefranciscotorres/direitoevalor.htm>>. Acessado em 28 fev. 2011.

TORRES, Alberto. **O problema nacional brasileiro**. Brasília: Editora da UnB, 1982.

TOURAINÉ, Alain. **Face à l'exclusion. Esprit**. Paris, n. 169, fev. 1991. p. 7-13.

_____. **Inégalités de la société industrielle, exclusion du marché** (1992). In: Affichard, Joelle e Foucauld, Jean Batiste de (dirs). *Justice Sociale et inégalités*. Paris: Esprit, 1992. p.163-174.

TOURAINÉ, Alain. **Um novo paradigma: para compreender o mundo de hoje**. Rio de Janeiro: Vozes, 2006.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História Social dos Direitos Humanos**. São Paulo: Peirópolis, 2. ed. 2011.

UFPR. Disponível em:<<http://www.jornalcomunicacao.ufpr.br/node/6498>>. Acessado em 07 jul. 2010.

VELOSO, Carlos Mário da Silva. **Os Direitos Sociais na Constituição do Brasil**. In: Disponível em:<<http://www.ufrnet.br>>. Acessado em 16 set. 2009.

VERÓN, Eliseo. **Ideologia, Estrutura e Comunicação**. (tradução Amélia Cohn), São Paulo: Cultrix, 1970.

VIANA, Luís Werneck. **Liberalismo e Sindicalismo no Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976.

VIANA, Luís Werneck, et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: RENAVAL, 1999.

WEBER, Max. **Os três tipos puros de dominação legítima**. In: Weber – Sociologia, org. Gabriel Cohn, São Paulo: 4. ed. Ática, 1989.

WANDERLEY, G. **Cidadania e Justiça**. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

WEIS, Carlos. **Os Direitos Humanos Contemporâneos**. Dissertação de 02/98 para obtenção do grau de mestre em Direito no Departamento de Direito do Estado da USP. Orientador Prof. Dalmo de Abreu Dalari. In: Disponível em:<<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/articles/view/847/1029>>.