

PARTE II

PERSPECTIVAS DO DIREITO PÚBLICO

Sumário: 1. Introdução; 2. O advento do Estado Social de Direito; 2.1. O dirigismo constitucional; 3. A crise do Estado Social de Direito; 3.1. A crise do dirigismo constitucional; 3.1.1 Uma Tese em Transformação; 3.1.2. A Orfandade Teórica e a Negação; 3.1.3. (Auto) Crítica à Análise; 4. É possível, atualmente, um Estado “não Social” de Direito?; 5. Parâmetros para uma proposta conciliatória: subsidiariedade, consenso e solidariedade; 5.1. A Subsidiariedade; 5.2. O Consenso; 5.3. A Solidariedade; 6. Conclusões. 7. Referências.

1. Introdução

“Não desisti, só cansei de insistir.” (Cazuza)

A economia internacional tem andado conturbada desde a crise financeira de 2008, com a deterioração dos fundamentos macroeconômicos de muitos países, especialmente os EUA e os países da União Europeia. Desde então, várias medidas vêm sendo tomadas pelos respectivos governos, verificando-se uma tendência maior de estímulo à economia pelo governo norte-americano e, na Europa, a pressão pela adoção de medidas de austeridade, que envolvem a redução do déficit público e, em particular, a redução de benefícios sociais, o que, naturalmente, vem causando grande reação dos segmentos sociais diretamente afetados.

O rearranjo político-econômico dos países chamados desenvolvidos revigora a discussão instaurada ao final da década de 1970, concernente à crise do Estado Social de Direito, modelo ainda adotado em países como Portugal, Espanha, Grécia e Itália, dentre outros – não por acaso, os mais afetados pela crise. Ainda que, no Brasil, não tenha havido reflexos tão dramáticos¹, o crescimento acelerado das despesas e do endividamento públicos – que não vêm sendo acompanhados por ampliação ou melhora dos serviços públicos na mesma velocidade – e um menor controle da inflação indicam que, mesmo que o país tenha conseguido, felizmente, reduzir ou postergar a repercussão da crise, o ciclo de calma pode se encerrar a qualquer momento.

* Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor dos cursos de pós-graduação *lato sensu* da Fundação Getúlio Vargas – FGV DIREITO RIO e da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

¹ SARAIVA, Wellington Beckman. Causas e efeitos da Crise de 2008. In PORTO, Antônio José Maristrello; Gonçalves, Antônio Carlos Porto; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação financeira para advogados*. Rio de Janeiro: Elsevier/FGV, 2012, p. 61-65.

Com efeito, o Brasil encontra-se praticamente num cenário de *estagflação*, com crescimento da inflação e baixo ou quase nulo crescimento econômico. A se confirmar, a contribuição do governo para a sua superação passará, necessariamente, por movimentos de enrijecimento do controle inflacionário e redução das despesas públicas, o que poderá impactar nas prestações sociais oferecidas, sobretudo nos programas assistenciais de redistribuição de rendas. Nessas circunstâncias, serão inevitáveis o choque ideológico entre discurso e prática governamentais e, ainda, o surgimento de questões jurídicas, atinentes à proteção constitucional dos direitos prestacionais assegurados por uma Carta Política que consagra o *Estado Social de Direito*.

De todo modo, verifica-se, tanto acima como abaixo do Equador, a necessidade de adoção de uma nova lógica para o Estado, capaz de proporcionar bem-estar aos cidadãos sem submetê-lo ao esgotamento financeiro. Surge, então, a necessidade de verificar se o Estado de Direito, que agregou à sua nomenclatura o termo *Social* em boa parte dos países ocidentais, pode abrir mão da característica de *socialidade*. Em síntese, cumpre investigar se o Estado de Direito ainda é Social e se pode, eventualmente, reduzir a sua intervenção na economia e, em especial, na prestação de serviços públicos. Vista de outra forma, a questão dirá com a viabilidade de se *persistir* na defesa de uma concepção de Estado Social cujos sinais de esgotamento parecem cada vez mais claros.

A controvérsia toca diretamente o papel da Constituição como documento de instituição, organização e limitação do Estado. É impossível tratar do Estado do Bem-Estar (*Welfare State*) sem referência ao *dirigismo constitucional* e à missão que se conferiu às Constituições de conformar o elemento político e determinar um programa finalístico para o Estado. Nesse diapasão, é certo que a crise do Estado Social de Direito é conexas ou mesmo continente de uma crise da Constituição dirigente: apurar se é o caso de se *insistir* no Estado Social de Direito é também investigar se o dirigismo constitucional ainda se mantém. Em caso afirmativo, como entendê-los neste tempos tão turbulentos?

O presente estudo tenciona oferecer uma modesta contribuição ao debate, sem, evidentemente, qualquer pretensão de exaurir o tema. Para tanto, serão expendidas, de início, algumas considerações sobre o Estado Social de Direito e o dirigismo constitucional. Num segundo tópico, far-se-á uma breve análise da crise do *Welfare State* e da própria Constituição dirigente, para que, nos dois tópicos seguintes, sejam alinhados argumentos quanto a uma possível conformação contemporânea para o Estado Social. Ao final, enumerar-se-ão, de modo sintético, as conclusões alcançadas.

2. O Advento do Estado Social de Direito

O surgimento do que Gerardo Pisarello denomina de *Estado Social tradicional* se dá no final do século XIX e, sobretudo, no início do século XX. Tem seus primórdios, no entanto, algumas décadas antes, quando, ocorrida a Revolução Industrial, agravam-se os conflitos entre as classes detentoras dos meios de produção e os setores empobrecidos e excluídos pelo capitalismo liberal. Nessa época, começa uma pro-

gressiva constitucionalização de direitos sociais (especialmente os de índole trabalhista) e, ao mesmo tempo, uma certa *desconstitucionalização* do caráter indisponível e ilimitado da propriedade privada e da autonomia contratual². Contudo, afirma o autor, a elevação dos direitos sociais ao patamar constitucional teria ocorrido unicamente como fórmula política de compromisso para manutenção do *status quo*, desprovida de caráter democrático ou emancipatório – pretendia-se apenas aplacar a fúria dos movimentos sociais que começavam a se articular³.

Num momento posterior, já nas primeiras décadas do século XX, o Estado Social recebe novo impulso, caracterizado por vários elementos, como a ascensão política do trabalhismo no Reino Unido, na Nova Zelândia e na Austrália, o assentamento das bases de um modelo social-democrático nos países escandinavos e as revoluções mexicana e russa. Especialmente na Grã-Bretanha e na Suécia, a pretensão de universalização do acesso a bens e serviços se dera, num primeiro momento, por meio de experiências de autogestão e associações de fraternidade e somente mais tarde foi introduzida uma regulação legal sobre o tema. Se, por um lado, não havia Estado Social em sede constitucional, afirma Pisarello que, de outro, também não haveria proteção qualificada da propriedade privada e das liberdades contratuais.

Os casos mexicano e russo – *rectius*, soviético – seriam diametralmente opostos. A Constituição mexicana de 1917 é conhecida por sua prodigalidade na previsão de direitos sociais, mas a burocratização e o autoritarismo praticamente a anularam; de modo semelhante, a reação mundial à revolução bolchevique e, posteriormente, o totalitarismo stalinista converteram os documentos constitucionais da URSS em farsas jurídicas. Mereceriam referência, ainda, as Constituições da República de Weimar (1919) e a Carta espanhola de 1931, que, desprovidas de coesão e força política dos atores sociais interessados, não lograram êxito no seu propósito reformista, ao fim e ao cabo, serviram de antessala do totalitarismo⁴.

Um novo sopro de vida é dado ao Estado Social na quadra histórica posterior à II Guerra Mundial. O capitalismo se via em grave crise – a rigor, iniciada ainda no período entreguerras – e, então, a acentuação das lutas sociais e a ascensão política já incontrolável das classes trabalhadoras, aliadas a uma nova e mais ampla perspectiva dos direitos humanos, incompatível com quaisquer formas de violência social, inclusive econômica. Nesse cenário, o Estado social se revigora como único meio de preservação do próprio capitalismo, sob a lógica do *keynesianismo*. Vale dizer, se a sociedade já exigia não só a proteção dos direitos de liberdade, como também a promoção dos direitos sociais, a doutrina de John Maynard Keynes, que, *grosso*

² PISARELLO, Gerardo. El Estado Social como Estado Constitucional: Mejores Garantías, Más Democracia. In ABRAMOVICH, Victor et al. (comp.). *Derechos sociales: Instrucciones de uso*. México: Fontamara, 2006, p. 24-25.

³ PISARELLO, Gerardo. El Estado Social como Estado Constitucional: Mejores Garantías, Más Democracia. In ABRAMOVICH, Victor et al. (comp.). *Derechos sociales: Instrucciones de uso*. México: Fontamara, 2006, p. 25.

⁴ PISARELLO, Gerardo. El Estado Social como Estado Constitucional: Mejores Garantías, Más Democracia. In ABRAMOVICH, Victor et al. (comp.). *Derechos sociales: Instrucciones de uso*. México: Fontamara, 2006, p. 26.

modo, pregava a regulamentação das relações de trabalho e a promoção, pelo Poder Público, dos direitos sociais, decerto iria ao encontro das aspirações da época⁵.

Pisarello afirma que o *pacto keynesiano* permitiu ao capitalismo viver uma nova “época dourada” de expansão, que se estenderia até a segunda metade da década de 1970. Nessa fase, foram institucionalizados diversos sistemas de transferências parciais de riqueza, mas as desigualdades sociais não foram eliminadas. O Direito, para o autor, se socializou, mas as consequências teriam sido ambíguas: de um lado, foram criados ou aperfeiçoados sistemas jurídicos de proteção laboral e social (como as normas trabalhistas, acidentárias e previdenciárias), além da introdução de normas de responsabilidade civil objetiva e, em especial, das Constituições sociais, como a Constituição francesa de 1946, a Constituição italiana de 1948 e, em alguma medida, a Lei Fundamental de Bonn (1949); de outro lado, no entanto, a proteção social serviria basicamente para garantir o pacto entre capital e trabalho⁶.

As Constituições do pós-guerra previam direitos sociais principalmente por intermédio de normas de cunho *programático*, o que, na verdade, lhes conferiria eficácia limitada em comparação com as normas que dispunham, por exemplo, sobre as liberdades fundamentais. Seriam, portanto, mais dirigidas ao legislador e teriam efeito apenas mediato para o cidadão, sem lhes conferir, por si sós, direitos subjetivos. Para Pisarello, era o ambiente próprio aos decisionismos administrativos, ao paternalismo e ao atendimento das demandas corporativistas, veiculadas pelos grupos sociais mais organizados, em detrimento das minorias (no sentido de sua representação política e não necessariamente numérico-populacional) sujeitas às discriminações sexuais, raciais ou econômicas⁷.

O que poderia ser compreendido, à época, como uma insuficiência da *programaticidade* nas Constituições diante de um capitalismo em nova crise, ao final da década de 1970, ensejou a concepção hoje corrente do *dirigismo constitucional*. Floresceram as *Constituições dirigidas*, das quais os mais candentes exemplos são a Constituição portuguesa de 1976, a Carta espanhola de 1978 e, evidentemente, a Constituição brasileira de 1988.

2.1. O dirigismo constitucional

Como o mais recente e expressivo esforço de constitucionalização do Estado Social de Direito, o *dirigismo constitucional* merece apreciação mais detida. Sobre o tema, pede-se vênua para que sejam revisitadas as observações do autor em obra já

⁵ PISARELLO, Gerardo. El Estado Social como Estado Constitucional: Mejores Garantías, Más Democracia. In ABRAMOVICH, Victor et al. (comp.). *Derechos sociales: Instrucciones de uso*. México: Fontamara, 2006, p. 27.

⁶ PISARELLO, Gerardo. El Estado Social como Estado Constitucional: Mejores Garantías, Más Democracia. In ABRAMOVICH, Victor et al. (comp.). *Derechos sociales: Instrucciones de uso*. México: Fontamara, 2006, p. 27-28.

⁷ PISARELLO, Gerardo. El Estado Social como Estado Constitucional: Mejores Garantías, Más Democracia. In ABRAMOVICH, Victor et al. (comp.). *Derechos sociales: Instrucciones de uso*. México: Fontamara, 2006, p. 28-30.

publicada⁸, que hoje, numa visão menos romântica, parecem um tanto quanto amareladas e merecedoras de algumas correções ou acréscimos. Cumpre, nesse passo, adotar a mesma premissa de então: quando houver referência às expressões *dirigismo constitucional* e *Constituição dirigente*, cuidar-se-á da formulação de J. J. Gomes Canotilho, segundo a qual o dirigismo constitucional importa na designação de fins e tarefas para a política, de modo a que a Constituição lhe forneça, como fundamento, a realização da justiça social, além da organização do Estado e da definição dos direitos de liberdade e os direitos políticos dos cidadãos. A delimitação tem uma óbvia razão: nenhum outro jurista exerceu tamanha influência sobre o constitucionalismo brasileiro quanto a essa matéria.

Em 1982, na sua célebre tese *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Canotilho definiu a Constituição dirigente pela presença de um conteúdo programático-constitucional, que, para além das Constituições-garantia típicas do Estado liberal, estabeleceria não apenas a distribuição de competências entre os órgãos do Estado e a proteção dos direitos de liberdade, mas também atribuiria ao Estado a realização de fins e a consecução de tarefas. Não bastaria ao Estado, portanto, erguer-se como ordem de uma organização e de um processo – esperar-se-ia do Estado Democrático de Direito que se legitimasse como um Estado de justiça social⁹.

Para tanto, Canotilho cuidou de afastar a concepção – a seu ver, mítica – de que o Estado poderia ser alheio à política. Afirmou o autor, textualmente, que “todas as constituições pretendem, implícita ou explicitamente, conformar globalmente o ‘político’”¹⁰: quando a Constituição não contivesse normas que explicitem os fins e tarefas do Estado, isso significaria que os mesmos seriam tidos como apriorísticos, fixados de acordo com a vontade do grupo político dominante (e, por isso, menos sindicáveis)¹¹. Nessa linha de raciocínio, apenas a existência de normas constitucionais que definissem as tarefas e as finalidades do Estado, com vistas à promoção da justiça social, atenderia às exigências de compreensão normativo-material de legitimidade¹². Vale dizer, a Constituição dirigente possuiria maior substrato de legitimidade do que a Constituição que se restringisse a garantir a liberdade individual ou se resumisse a mero instrumento de governo, porque não se limitaria a disciplinar o processo político, como também lhe estabeleceria as diretrizes materiais fundamentais.

Numa Constituição dirigente, a disciplina constitucional do elemento político envolveria, principalmente, a vinculação do legislador aos seus comandos. Canotilho

⁸ DERBLLI, Felipe. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, especificamente o Capítulo II.

⁹ CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 20-24.

¹⁰ CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 28.

¹¹ CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 454.

¹² CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 17.

reconhecia um caráter cogente nas disposições constitucionais, às quais não se poderia opor a liberdade de conformação do legislador – a atividade legiferante deveria pautar-se pelos ditames constitucionais. Note-se que não se cuidaria de uma mera autorização para legislar: o *bloco constitucional dirigente* se prestaria, na verdade, a vincular o legislador negativa e positivamente, na medida em que, quanto ao primeiro aspecto, lhe vedaria a edição de normas que lhe contrariassem o conteúdo material e, quanto ao segundo, estabeleceria um dever jurídico de criar as leis necessárias à concretização do comando constitucional¹³.

Contudo, a Constituição dirigente não reduziria a lei à sua mera execução, antes deixando ao legislador margem de atuação política que, se não seria completamente livre do ponto de vista jurídico, possuiria clara amplitude. Seria do domínio do legislador, no âmbito das normas constitucionais, a *atividade criativa* de ponderar os fins, realizar escolhas, tomar decisões sobre qual ou quais finalidades deveriam prevalecer no momento em que a lei fosse elaborada e, ainda, selecionar os meios que entenderia mais adequados (mediante um juízo de proporcionalidade) à consecução daqueles fins; era livre a seleção das *determinantes autônomas* de seu mister. A atividade legislativa, portanto, seria *juridicamente* vinculada à Constituição, mas gozaria de liberdade para conformar os fins político-sociais nela plasmados – o legislador teria plenas possibilidades de movimentação política, contanto que permanecesse adstrito à norma constitucional¹⁴.

Existia, portanto, uma *agenda constitucional positiva* para o legislador, que se veria obrigado a concretizar, em nível infraconstitucional, as disposições que interferissem na ordem social e promovessem a justiça. Tais disposições, segundo Canotilho, eram as cláusulas de socialidade (fixação de fins e tarefas do Estado), a fixação de competências com imposição de diretivas materiais e a consagração de um catálogo de direitos econômicos, sociais e culturais como opções possíveis, resultando no que se denomina *bloco constitucional dirigente*.

Em qualquer desses comandos, a questão se reconduziria à concretização de normas constitucionais dirigentes, isto é, do cumprimento de *imposições constitucionais*¹⁵, compreendidas como a tarefa de concretização das normas constitucionais, conferida não apenas ao legislador, mas a todos os órgãos constitucionais de direção política, incumbidos de planificar, fixar e executar os fins colimados pela Constituição, fosse através das leis, fosse mediante a edição de regulamentos e outros atos pelo

¹³ CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 244-245.

¹⁴ CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 218; 265. Demais disso, pontificou o eminente constitucionalista que a Constituição não seria o único “tema” a ser desenvolvido pelo legislador e que não se postularia uma “panconstitucionalização” da vida social (ob. cit., p. 467). O que se pretendia era que o legislador realizasse as tarefas que lhe teriam sido cometidas pela Constituição e, tanto nessa como em qualquer outra hipótese, fosse alinhado com os fins nela previstos.

¹⁵ CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 172.

Poder Público¹⁶. Seriam reconhecíveis sempre que a norma constitucional, para que pudesse produzir os seus efeitos plenamente, carecesse da *interpositio* do legislador ou de outro órgão constitucional que lhe concretize o comando¹⁷.

Era no campo dos direitos sociais que a questão das imposições constitucionais se mostrava mais relevante, vez que, em grande parte, os direitos sociais demandariam prestações positivas do Estado e, em especial, ação positiva do legislador, diferentemente dos direitos de liberdade, que se caracterizam como direitos de defesa e exigem uma abstenção do Poder Público¹⁸.

Assim, a *Constituição dirigente*, de acordo com o autor luso, era reconhecida quando havia normas constitucionais que estabelecessem o *programa constitucional*, definindo as tarefas e os fins do Estado (que se chamarão, segundo a classificação proposta por Luís Roberto Barroso, de *normas programáticas*¹⁹), normas definidoras de direitos prestacionais, imposições constitucionais e a consagração de igualdade de oportunidades para os cidadãos²⁰. Seria através do *bloco constitucional dirigente* que, para além da limitação à direção política, se instituiria o fundamento constitucional para a política, fornecendo-se um impulso diretivo material permanente e, para o legislador, uma exigência de atuação²¹.

3. A Crise do Estado Social de Direito

Ao final da década de 1970, o Estado Social de Direito começa a mostrar claros sinais de fadiga. O que se poderia entender como o esgotamento de um modelo jurídico, político e econômico é um fenômeno de escala mundial, mas que deriva de causas muitíssimo variadas e se apresenta de formas bem distintas em cada país. É interessante, neste ponto, assinalar as diferenças da chamada *crise do Estado-providência*²² no Brasil e em outros países.

Tome-se o exemplo da Itália que, eventualmente, será razoavelmente representativo do que ocorreu na Europa Ocidental. Luigi Ferrajoli entende que o *Welfare*

¹⁶ CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 178-179.

¹⁷ CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 298.

¹⁸ CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 364. Sobre a classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações, v. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 1. ed.. 3. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 200-203.

²⁰ CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 395.

²¹ CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 463-464.

²² A expressão foi consagrada em ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. Trad. Joel Pimentel de Ulhôa. Brasília: UnB/UFG, 1997.

State não criou estruturas institucionais próprias à garantia de direitos prestacionais, valendo-se daquelas já existentes para a proteção dos direitos liberais clássicos. Como resultado, o Estado do Bem-Estar Social tornou-se o terreno ideal para o decisionismo interventivo, discricionário e tecnocrático, que deslocou as sedes de poder estatal para a burocracia, alheia aos controles políticos e jurisdicionais. Como consequência, dissolver-se-iam os três pilares do próprio conceito de Estado de Direito formulado pelo autor: a *ilegalidade* cresceria, o aparato estatal sofreria com a *erosão da publicidade* e haveria *redução da responsabilidade* dos governantes.

Ferrajoli credita a crise do *Welfare State* não apenas a razões econômicas, como também ao predomínio de “estratégias políticas explicitamente regressivas e antissociais”, e vislumbra sua principal manifestação na redução quantitativa do gasto público destinado ao custeio das prestações sociais e assistenciais, em sentido oposto ao das crescentes demandas. O principal efeito desse descompasso entre prestações e demandas sociais seria a acentuação do caráter seletivo e inevitavelmente discriminatório do atendimento das necessidades sociais, uma vez que, à míngua de uma estrutura normativa e garantista, as instituições se degenerariam em clientelismos e corporativismos²³. Atrás dos argumentos de anomia e ineficiência administrativa, ampliar-se-iam os espaços de arbitrariedade e discricionariedade, com a criação de privilégios odiosos na distribuição das prestações sociais do Estado.

Tal situação se agrava com a própria burocratização da atividade estatal e com a degradação da política, visível na atuação “solidária” da classe política para esvaziar todas as tentativas de controles institucionais – como, por exemplo, as comissões parlamentares de inquérito – e nas tentativas de reformas constitucionais voltadas à diminuição da independência do Poder Judiciário²⁴.

A análise de Ferrajoli, com a devida vênia, parece equivocada por inverter, em alguma medida, a relação entre causa e efeito. As chamadas “estratégias regressivas” não foram a *causa* da crise do Estado Social, mas uma *reação* conservadora às práticas que, à época, foram consideradas – corretamente ou não – ineficientes ou impróprias, por ampliar o déficit público e ocasionar danos à economia do país.

A análise de Gaspar Ariño Ortiz oferece contraponto interessante. Para tratar do tema, o autor discorre sobre os efeitos da expansão do Estado Social, iniciando pela referência à Suécia – país tido como exemplo da chamada *social-democracia* –, cujo modelo econômico, ainda que formalmente baseado na economia de mercado e na iniciativa privada empresarial (sem grandes experiências de estatização), enveredou pela adoção de maciças políticas redistributivas e pela prestação pública de inúmeros serviços que “cuidavam do cidadão do berço à sepultura”. Por conseguinte, foi brutal o aumento da carga tributária, de tal modo que o imposto sobre a renda chegou à alíquota de 75% (setenta e cinco por cento).

²³ FERRAJOLI, Luigi. Estado Social y Estado de Derecho. In ABRAMOVICH, Victor et al. (comp.). *Derechos sociales: Instrucciones de uso*. México: Fontamara, 2006, p. 13-14.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. Estado Social y Estado de Derecho. In ABRAMOVICH, Victor et al. (comp.). *Derechos sociales: Instrucciones de uso*. México: Fontamara, 2006, p. 15-16.

Na década de 1980, porém, a indústria sueca perdeu competitividade, elevando-se a inflação e o desequilíbrio externo. O sistema tributário do país desestimulava a poupança, o trabalho e a produtividade, o gasto público crescia exponencialmente com as prestações sociais e os poderosos sindicatos – financiados por contribuições compulsórias – exigiam altos crescimentos salariais. A contrapartida, no entanto, não acontecia adequadamente: os serviços públicos eram medíocres e extremamente burocratizados. O Estado de Bem-Estar sueco, que se havia estabelecido após um período de extraordinária prosperidade, viu-se obrigado, no início dos anos 1990, a privatizar serviços públicos, introduzindo mecanismos de mercado em sua prestação para, com isso, respeitar a liberdade de eleição dos cidadãos. Com isso, foi possível reduzir impostos e estimular o trabalho e a formação de poupança.²⁵

Portanto, Ariño Ortiz identifica efeitos *nocivos* na expansão do Estado Social, não apenas no caso sueco, como em outros países desenvolvidos, assim resumidos:

1. *grande crescimento do setor público*, unido a uma *pressão fiscal* asfixiante e um *gasto público crescente e ininterrupto*;
2. *ineficiência na prestação dos serviços públicos*, em virtude de vícios:
 - a. *na oferta*, uma vez que os agentes, funcionários públicos, convertem-se em burocratas sem incentivos de eficiência – os bons são remunerados do mesmo modo que os que não se esforçam –;
 - b. *na sua orientação*, pois o Estado é corporativista – aqui, um ponto em comum com o pensamento de Ferrajoli – e incapaz de gerir de modo eficiente um número crescente de serviços sociais;
 - c. *na demanda*, que dispara por criar uma “cultura da gratuidade”, capaz de gerar frustração social e disseminar a mediocridade;
3. na proteção do trabalhador, especificamente quanto ao seguro-desemprego, que desincentivaria o trabalho, fomentaria a fraude e a economia informal²⁶.

A crença de que caberia primordialmente ao Estado a satisfação de todas as demandas sociais teria, ainda, uma consequência política importante: o surgimento de uma *letargia* do indivíduo e da sociedade, dependentes da ação estatal e, com isso, mais sujeitos à dominação²⁷. Denuncia-se, então, outro ponto de concordância com

²⁵ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. 3. ed.. Madrid: Comares, 2004, p. 94-96.

²⁶ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. 3. ed.. Madrid: Comares, 2004, p. 97.

²⁷ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. 3. ed.. Madrid: Comares, 2004, p. 99.

Ferrajoli²⁸, qual seja, a inaplicabilidade dos conceitos clássicos do Estado Liberal de Direito ao Estado Social, especialmente porque a predeterminação das condutas estatais pelo Direito (*rule of law*), relativamente simples de se estabelecer nos limites à intervenção do Estado na esfera privada, é de difícil conjugação com o espectro de discricionariedade que se confere ao agente político na análise do interesse público – dentre tantos *interesses públicos* – que será atendido na fixação de cada política pública²⁹.

Parece inegável que semelhantes efeitos se produziram em países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil. O aumento do gasto público e, conseqüentemente, da carga tributária vem ocorrendo em velocidade francamente superior à melhoria dos serviços públicos, que, conquanto formalmente orientados por uma perspectiva de universalidade, não têm atendido adequadamente a população tanto no aspecto quantitativo quanto no qualitativo. Para além da sempre relevante questão do desvio de recursos públicos e da corrupção na Administração Pública, é certo que as ações do Estado têm tratado muito menos de ferramentas de planejamento, ação e controle de resultados e muito mais de meios de aumento da arrecadação. Não raro, calcam-se no discurso vazio da garantia de aplicação mínima de recursos em determinados segmentos, como saúde e educação públicas – resumindo o problema a uma insuficiência de recursos e, assim, exonerando o administrador público de quaisquer deveres de eficiência.

Os benefícios em espécie também têm sido formalmente ampliados, com a criação de novas prestações pecuniárias assistenciais e a ampliação dos serviços legalmente disponíveis (como, por exemplo, os tratamentos de saúde), sem que, na prática, sejam os mesmos sempre assegurados.

Ademais, a realidade brasileira tem outro elemento que não se apresenta, ao menos com a mesma agudeza, em outros países: a *judicialização das políticas públicas*. Com efeito, a *explosão de litigiosidade*³⁰, decorrente de uma compreensão ampla do princípio constitucional do acesso à justiça (art. 5º, XXXV), tem transferido ao Poder Judiciário uma miríade de decisões alocativas de recursos públicos e de fornecimento de prestações sociais, principalmente na área de saúde pública. Se, por um lado, trata-se de um atestado de independência do Poder Judiciário, que reduz em alguma medida as potencialidades de dominação da sociedade pelo Estado, o fenômeno retira da Administração Pública a plena gestão de seu aparato e da execução da política definida pelos agentes públicos eleitos³¹. Ainda que diferente de outras experiências quanto a este aspecto, o caso brasileiro se iguala naquilo que diz com a crise do modelo.

²⁸ V. *infra*.

²⁹ ARINO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. 3. ed.. Madrid: Comares, 2004, p. 101.

³⁰ A expressão é de ARRUDA, Samuel Miranda. *O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

³¹ Sobre o tema, v., dentre outros, BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em http://www.oab.org.br/editorial/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciasupremaciajudicial.pdf. Consulta em 28.11.2013.

Naturalmente, expostas as fragilidades do Estado Social de Direito, a normatização das suas pretensões emancipatórias também entraria em xeque. Seria o caso de se questionar a aptidão da Constituição para instituir uma configuração estatal cuja inviabilidade fática se tornava evidente. O *dirigismo constitucional* também estava em crise.

3.1. A crise do dirigismo constitucional

3.1.1. Uma tese em transformação

Quase quinze anos depois da publicação de sua tese de doutoramento, J. J. Gomes Canotilho reviu parcialmente os conceitos ali expostos, expondo suas novas conclusões em ensaio intitulado *Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo*. Após anos de sucesso de suas ideias em países periféricos como o Brasil, Canotilho criou grande perplexidade com sua nova e, à época, bombástica tomada de posição.

A reformulação do dirigismo e da programaticidade constitucionais proposta por Canotilho no mencionado estudo veio a ser incorporada à segunda edição de *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador* (2001), em seu Prefácio. Especialmente no cenário brasileiro, causou abalo considerável a respectiva conclusão, a seguir reproduzida:

Em jeito de conclusão, dir-se-ia que a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de *abertura* do direito constitucional ao *direito internacional* e aos *direitos supranacionais*. Numa época de cidadanias múltiplas e de múltiplos de cidadania seria prejudicial aos próprios cidadãos o fecho da constituição, erguendo-se à categoria de “linha Maginot” contra invasões agressivas dos direitos fundamentais. Alguma coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional. Contra os que ergueram as normas programáticas a “linha de caminho de ferro” neutralizadora dos caminhos plurais da implantação da cidadania, acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das *políticas públicas* num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticos e sociais³².

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Prefácio. In CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. XXIX - XXX. Grifos do original.

Por óbvio, a afirmação do mestre lusitano haveria mesmo de causar algum choque ao pensamento jurídico brasileiro, ao qual sempre foram muito caras as suas lições a respeito do dirigismo constitucional, que, inclusive, serviram de inspiração para a Assembleia Constituinte de 1987-1988. No entanto, antes de tecer quaisquer considerações sobre as novas conclusões de Canotilho, impende acompanhar o raciocínio que o jurista português seguiu para alcançá-las.

Numa perspectiva histórica, verifica-se que a difusão do modelo constitucional programático, verificada em países como Portugal e Brasil ao final dos anos setenta e oitenta do século XX, se deu num contexto de declínio de regimes autoritários ou totalitários, que favoreciam o momento constituinte de elaboração de textos constitucionais emancipatórios. Também havia, à época, grande otimismo quanto à capacidade transformadora das normas constitucionais sobre a realidade, havendo, pois, terreno fértil para o surgimento de novas Constituições-programa³³.

Pouco depois, no entanto, o mundo assistiu à derrocada dos regimes socialistas, nos quais a programaticidade constitucional se punha com ainda mais força. Com isso, o pensamento jurídico se viu diante do que Canotilho alcunhou *mal-estar da Constituição na lógica político-cultural da pós-modernidade* – a narratividade emancipatória, a promessa de felicidade das Constituições que continham em seu bojo o dirigismo e o programa para o Estado e a sociedade depararam-se com as circunstâncias de um pós-modernismo com o qual não se coadunavam. Daí, portanto, a necessidade de repensar as ideias até então sustentadas³⁴.

Canotilho, revendo suas concepções anteriores, passa a enxergar um elemento utópico e arrogante na vontade transformadora da Constituição dirigente: o voluntarismo consubstanciado na pretensão de disciplinar domínios que lhe são estranhos abriria caminho para a ditadura partidária e para a coerção moral e psicológica. Além disso, ignoraria outras formas de direção política alheias ao Estado, como os modelos de autodireção social (ante os quais o Estado retornaria ao seu papel subsidiário), as formas de delegação/descentralização da regulação e os modelos neocorporativos (como as organizações profissionais)³⁵.

De uma forma geral, portanto, ainda que a previsão constitucional de fins e tarefas do Estado seja um elemento idóneo a conferir-lhe maior legitimidade, seria um exagero tentar esgotar todas as tarefas estatais no texto constitucional, assim como não seria adequado sujeitar ao monopólio estatal o desempenho de todas as tarefas públicas³⁶.

³³ CANOTILHO, Prefácio. In CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed.. Coimbra: Coimbra Editora, p. VI.

³⁴ CANOTILHO, Prefácio. In CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed.. Coimbra: Coimbra Editora, p. VI-VII.

³⁵ CANOTILHO, Prefácio. In CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed.. Coimbra: Coimbra Editora, p. IX-XI.

³⁶ CANOTILHO, Prefácio. In CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed.. Coimbra: Coimbra Editora, p. XV.

O mestre coimbrão também indica como fragilidade da Constituição dirigente o que chama de *autismo nacionalista e patriótico*. Critica, com isso, a intenção do dirigismo constitucional, de vezo socializante, em amarrar-se a um conceito de soberania que não se encaixa num contexto transnacional de cooperação e interdependência (particularmente no continente europeu), cumprindo rever os esquemas político-organizatórios e o próprio constitucionalismo em si³⁷.

A própria construção teórica da Constituição dirigente já se mostraria, para Canotilho, desviada. O dirigismo constitucional se apropriaria das teses de Peter Lerche (concebidas sob o pálio da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, que não possuía conteúdo programático e não tinha cariz socializante), mas tal apropriação teria sido feita com “inaceitável” transposição da metodologia constitucional para o campo da ideologia constitucional, com erro na identificação entre a teoria da Constituição dirigente e a ideologia social comunista plasmada numa Constituição programática. Assim, promovia-se uma revolução socialista através da Constituição³⁸.

Pecaria a Constituição dirigente, ademais, na extensão acrítica da aplicabilidade imediata, própria dos direitos fundamentais de liberdade, aos direitos fundamentais sociais, em geral dependentes da ação do legislador para alcançarem a plenitude de seus efeitos. Nesse sentido, o § 1.º do art. 5.º da Constituição brasileira de 1988 consagraria posição insustentável³⁹.

As preocupações do constitucionalista luso também se estenderam aos impactos do dirigismo constitucional sobre as possibilidades de modificação das disposições constitucionais. Para o autor, mesmo nos casos em que a identidade da Constituição for preservada através das chamadas cláusulas pétreas – que devem ter a sua irreversibilidade considerada apenas enquanto se observar a sua correspondência no texto constitucional e quando disserem com a “essência” da Constituição –, haverá espaço para o *desenvolvimento constitucional*, sendo certo que a capacidade de prestação da Constituição em face da sociedade e dos cidadãos (*a identidade reflexiva*) será tanto maior quanto mais articulados tais elementos. Nessa ordem de ideias, prega Canotilho a eliminação das cláusulas de narratividade emancipatória, que impediriam o pleno desenvolvimento constitucional e tentariam “*condensar mais uma filosofia unidimensional da história em vez de fornecerem medidas e directivas para o reforço da normatividade da constituição*”⁴⁰.

³⁷ CANOTILHO, Prefácio. In CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed.. Coimbra: Coimbra Editora, p. XI-XII.

³⁸ CANOTILHO, Prefácio. In CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed.. Coimbra: Coimbra Editora, p. XIII.

³⁹ CANOTILHO, Prefácio. In CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed.. Coimbra: Coimbra Editora, p. XV, XVI.

⁴⁰ CANOTILHO, Prefácio. In CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed.. Coimbra: Coimbra Editora, p. XIII-XIX.

Entretanto, alerta para o fato de que permanece indispensável à Constituição a previsão dos direitos e liberdades mínimos, de modo a que estejam presentes as condições elementares para o exercício da cidadania pessoal, política e econômica, a ser mantida, por sua vez, a salvo das maiorias parlamentares. Especialmente quanto aos chamados direitos sociais, Canotilho continua a afirmar que a sua positivação é uma exigência ética e jurídica para o livre desenvolvimento da personalidade e a defesa da dignidade da pessoa humana, desde que – ressalva – não se atire o Estado à ingovernabilidade com a consagração, sob a forma de direitos fundamentais, de matérias que, na verdade, devam estar sujeitas às políticas públicas e, assim, ao jogo político⁴¹.

Percebe-se que uma das questões centrais abordadas nesse ensaio/prefácio é a de que o Estado, para Canotilho, não deveria mais assumir a postura totalizante e planificadora global. O que chama de *constitucionalismo moralmente reflexivo* demandaria a constitucionalização da responsabilidade social, a prevalência da diversidade sobre o autoritarismo e do contrato sobre a lei. Nesse sentido, defende a *contratualização*, ao invés da lei, para o fim das desigualdades, para a tolerância e o diálogo entre culturas, para o exercício da democracia e para o desenvolvimento ecologicamente sustentado. Somente assim, segundo o jurista português, seria ainda admissível a materialização da política com fundamento em normas programáticas⁴².

Assim seria porque a Constituição dirigente, como estatuto jurídico do político, desconsideraria a autorreferencialidade e a auto-organização de vários sistemas sociais e a própria rebeldia do político a uma conformação autoritária. Nesse sentido, sustenta que: o cenário social e político é, atualmente, integrado por novos atores, como as entidades organizativas multinacionais e as ordens profissionais; um sistema regulativo central não seria mais capaz de atender às cada vez mais complexas exigências dos múltiplos segmentos da sociedade, revelando-se a desadequação funcional da Constituição dirigente; para além do jurídico, outros universos (como o econômico e o tecnológico, por exemplo) surgiram ou desenvolveram-se de forma considerável, reivindicando a sua “universalidade específica” (*sic*); a crise de noções como o território e a soberania, com a formação dos blocos internacionais (como a União Europeia e o MERCOSUL); a crescente perda do caráter simbólico da Constituição dirigente etc.⁴³.

Diante desse quadro, Canotilho arrematou, de maneira extremamente contundente (em especial para os olhos brasileiros): a Constituição dirigente não se pode manter mais como proposta de normativismo revolucionário, capaz, por si só, de promover a emancipação, assim como também estará fadada ao fracasso se não estiver aberta ao direito internacional e aos direitos supranacionais. No entanto, ainda deve

⁴¹ CANOTILHO, Prefácio. In CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed.. Coimbra: Coimbra Editora, p. XX-XXI.

⁴² CANOTILHO, Prefácio. In CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed.. Coimbra: Coimbra Editora, p. XXII-XXIII.

⁴³ CANOTILHO, Prefácio. In CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed.. Coimbra: Coimbra Editora, p. XXIII-XXVI.

sobreviver na previsão, pelas normas constitucionais, das “premissas materiais fundantes” das políticas públicas do Estado e da sociedade estabelecidos sobre um direito democrático e social.

O tema foi revisitado e aprofundado por Canotilho em escritos posteriores. Em 2000, por exemplo, o constitucionalista afirmou que o Direito Constitucional teria passado de *disciplina dirigente* a *disciplina dirigida*⁴⁴, nos seguintes termos:

“Chamaremos de *disciplinas dirigentes* àquelas que desenvolvem autonomamente paradigmas, conceitos, teorias e teoremas. Designaremos por *disciplinas dirigidas* aquelas que recorrem a *transferts* paradigmáticos e conceituais para estruturarem a sua arquitectónica teórica. A sugestão acabada de fazer foi avançada para distinguir entre *autopoiesis* originária e *autopoiesis* derivada. A primeira pertenceria à ‘disciplina dirigente’ – a ciência neurofisiológica –, e a segunda incluir-se-ia no grupo das ciências dirigidas. A importação das ideias neurofisiológicas fundamentais da *autopoiesis* para o mundo das ciências sociais, nas quais se inclui o direito, acarretaria, neste contexto, a subordinação das disciplinas jurídicas a modelos heurísticos forjados fora da ciência do direito. Naturalmente, o direito constitucional também não fugiu a este processo de subordinação: deixou de ser uma disciplina dirigente para se volver em disciplina dirigida. Em vez de gravitar sobre si próprio, ganhando neste movimento de rotação os seus campos de atração autônomos, passou a fazer figura de satélite artificial dirigido. É óbvio que o direito sempre foi influenciado pelos paradigmas dominantes em cada época. O que se nos afigura, porém, característico do direito constitucional finissecular é a sua inquestionável perda de centralidade jurídico-política. [...]”⁴⁵

Canotilho vê o Direito Constitucional como um “direito de restos”, não apenas na esfera internacional – com a transferência de poder do Estado às instâncias supranacionais e com os conseqüências da globalização –, mas também no âmbito interno: seria um “*direito dos restos da autorregulação*”, em decorrência de “*os esquemas reguláticos haverem mostrado a eficácia superior da auto-regulação privada*”

⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional na encruzilhada do milénio. De uma disciplina dirigente a disciplina dirigida. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed.. Coimbra: Almedina, 2008.

⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional na encruzilhada do milénio. De uma disciplina dirigente a disciplina dirigida. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed.. Coimbra: Almedina, 2008, p. 183-184.

e corporativa relativamente à programática estatal”⁴⁶. Supera a perspectiva da *constitucionalidade reflexiva* para considerar uma *sociedade autoreflexiva*, que não mais encontra na Constituição a sua *reserva de justiça*⁴⁷, mas submete o próprio Direito Constitucional a uma relação *dialógica* com a justiça.

Descreve o jurista luso, portanto, na autorreferibilidade da Constituição e demonstra preocupação com um indistigável risco de incapacidade da Constituição de continuar a ser compreendida como estatuto jurídico do político, restando-lhe o papel de ser “um texto útil para *direitos e políticas simbólicas*”⁴⁸. Num cenário de reescansão da Teoria do Estado, em detrimento da ciência do Direito Constitucional, Canotilho confia na *aprendizagem constitucional* para que a Lei Magna não se reduza a mera “decisão atualizadora do Estado”. Em suas palavras:

“[...] só haverá direito constitucional com força normativa quando a sociedade possuir uma estrutura constitucional que se confronte com ela própria mediante formas institucionais apropriadas e processos regulados por normas de adaptação, resistência e autocorreção. A complexidade e contingências da sociedade assente em sistemas sociais diferenciados postula, assim, a reescritura permanente das regras constitucionais com base em experiências e em aprendizagens, e não com recurso a integricismos ético-sociais, a unitarismos políticos e à homogeneização dos cidadãos.”⁴⁹

⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional na encruzilhada do milénio. De uma disciplina dirigente a disciplina dirigida. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 185.

⁴⁷ Na perspectiva do Direito Constitucional brasileiro, a expressão remete à indispensável obra de Oscar Vilhena Vieira (VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999), em que, numa brevíssima síntese, o autor reconhece nos limites materiais de reforma da Constituição (as chamadas *cláusulas pétreas* ou, nas suas palavras, *cláusulas de superconstitucionalidade*) a *reserva de justiça*, uma vez que encerrariam valores aceitos pela coletividade como necessários à sua existência e ao seu desenvolvimento. Os dois pensamentos, que não identificam exatamente a mesma questão, tangenciam-se naquilo que diz com a abertura das cláusulas pétreas ao desenvolvimento constitucional e aos limites de sua imutabilidade. Não é o escopo deste trabalho apontar aproximações e divergências quanto ao tema, bastando assentar que, ao que parece, Canotilho não mais admite a Constituição como fonte, por si só, de *justiça*, de tal modo que a ciência do Direito Constitucional deve buscar amparo teórico-filosófico para a compreensão de um conceito constitucional de justiça variável segundo os paradigmas socioeconômicos de cada época.

⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional na encruzilhada do milénio. De uma disciplina dirigente a disciplina dirigida. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 195-196. O grifo é do original.

⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional na encruzilhada do milénio. De uma disciplina dirigente a disciplina dirigida. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 196.

3.1.2. A orfandade teórica e a negação

Como antes afirmado, grande perplexidade se espalhou no seio da comunidade jurídica brasileira àquela época. A importância do pensamento de J. J. Gomes Canotilho no país era de tal magnitude que o debate sobre a *morte da Constituição dirigente* tornou-se assunto inescapável nos escritos do início dos anos 2000 e nos inúmeros eventos acadêmicos então realizados. Em pelo menos um dos vários colóquios organizados pelos constitucionalistas brasileiros, o próprio Canotilho foi convidado a participar do debate, posteriormente objeto de publicação⁵⁰.

A leitura dessa obra, sem prejuízo de outras similares, decanta um certo sentimento de orfandade teórica dos juristas brasileiros, num esforço para negar a evolução do pensamento do mestre português e as eventuais contradições entre os dois momentos de sua obra, que Lenio Streck, espiritualmente, chamou de *Canotilho I e Canotilho II*⁵¹. Conquanto muitíssimo imbricadas, duas eram as teses que se pretendia demonstrar: (i) o pensamento de Canotilho *não teria sofrido modificações tão profundas como, à primeira vista, poderia parecer*; e (ii) mesmo que tais alterações houvessem ocorrido, seriam ainda inaplicáveis à realidade de países periféricos como o Brasil, aos quais melhor serviriam as concepções originais da Constituição dirigente.

Tais ideias seriam defendidas mediante uma contextualização histórica. Com efeito, entre as duas edições de *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador* passaram-se quase duas décadas e não foram poucos os acontecimentos relevantes ocorridos nesse período. Permita-se a citação das relevantes observações de Néviton Guedes, que resumem o turbilhão de transformações que acometeu o mundo e, em particular, Portugal e Brasil de 1976 até o início deste século XXI:

[...] O Professor Gomes Canotilho, voltando no tempo, muito provavelmente iria escrever a mesma *Constituição Dirigente* que concretamente escreveu. Dizendo-o de um outro modo, para se falar em contradição do autor, seria necessário imaginar que as condições históricas em que a obra foi produzida não tivessem sido alteradas um milímetro sequer nesses mais de vinte anos. Como facilmente se percebe, não é essa a realidade. O mundo, Portugal e mesmo o Brasil, ou seja, a realidade em que agora escreve o Professor Canotilho pouco guarda do contexto histórico existente, sobretudo na Península Ibérica, nos anos subsequentes à Revolução do 25 de abril de 1974. De lá para cá, para citar apenas os acontecimentos mais importantes, Portugal se inseriu na Comunidade Européia; a democracia está absolutamente consolidada no país irmão e teve avanços inegáveis no

⁵⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2. ed. rev. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Brasil; a Constituição de 1976, conquanto permaneça a mesma, sofreu várias reformas que lhe subtraíram o peso de um conteúdo absolutamente socializante, que lhe arregimentava numerosos e importantes opositores; no âmbito cultural, a internet, os avanços nos meios de comunicação de massa e a imposição de uma economia globalizada transformaram definitiva e profundamente a nossa forma de estar no mundo; esses mesmos fatores culturais (sobretudo, os novos meios de comunicação e informação), a mesma economia globalizada e a queda do muro de Berlim romperam com um equilíbrio de forças mundiais – que jamais voltará a se recompor – e acabaram por comprometer definitivamente a idéia de soberania com a qual os juristas estavam acostumados a teorizar desde o início do constitucionalismo até os fins da década de oitenta. [...]”⁵²

Não se poderia negar que Canotilho efetivamente superou algumas de suas opiniões anteriores – e nem poderia ser de outra forma, na medida em que o mundo à sua volta sofreu mudanças, exigindo que a sua teoria da Constituição dirigente fosse devidamente atualizada. Entretanto, se o mundo se transformou, essa transformação aconteceu de formas e velocidades diferentes em cada parte do mundo – as evoluções históricas de Portugal e Brasil, especialmente, se deram em ritmos distintos e geraram resultados bem diversos num e noutro país.

Propunha-se, então, uma compreensão do que Canotilho pretendia afirmar quando decretava a morte da Constituição dirigente se “o *dirigismo constitucional* for entendido como *normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias*”. Como se sabe, a Constituição da República Portuguesa de 1976 foi originariamente elaborada sob os eflúvios de um movimento revolucionário, que recebeu suporte teórico através da concepção da Constituição dirigente construída por Canotilho. Com isso, a Carta lusitana proclamava, em sua redação original, a revolução socialista, incorporando, inclusive, fórmulas como “transição para o socialismo” e “exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras”, dentre outros.

Esse vezo socializante da Constituição de Portugal foi gradativamente retirado do texto constitucional por sucessivas revisões, ocasionando a “normalização constitucional” a que se refere Vital Moreira⁵³. Nos dizeres do próprio Canotilho:

“[...] se o viés revolucionário foi deslocado ou desapareceu de ordenamento jurídico, poderemos dizer que as dimensões meta-narrativas e as dimensões socializantes mais expressivas desapa-

⁵² GUEDES, Néviton. Prefácio. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 9-10.

⁵³ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2. ed. rev. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 134.

receram do ordenamento. Desapareceu, por exemplo, o projecto da construção de uma sociedade de classes e a decretação constitucional da irreversibilidade das nacionalizações”⁵⁴.

Claramente, a “morte” do dirigismo constitucional anunciada por Canotilho dizia respeito à sua desilusão diante da existência de fórmulas que, por mais que exprimissem o espírito revolucionário no momento constituinte, estabeleceriam promessas utópicas de felicidade que, porquanto inalcançáveis, serviriam apenas para desacreditar a força normativa da Constituição. Vale dizer, uma vez superada a quadra histórica da revolução e consolidadas as instituições democráticas, não caberia mais a positivação, em sede constitucional, de um normativismo revolucionário que atribuísse ao Estado *toda* a responsabilidade pela condução da vida social. Na verdade, esse normativismo revolucionário que, ainda que se adequasse a um momento de instabilidade, já não seria mais conveniente para uma nova circunstância de harmonia institucional⁵⁵.

As distinções políticas, econômicas e sociais entre Portugal e Brasil serviriam, portanto, como premissas fáticas para todo um *esforço de negação* da derrocada do dirigismo constitucional empreendido pelos juristas brasileiros, como a recusa em acreditar na morte de um ente querido. Salientou-se, sob essa perspectiva, que, muito embora as Constituições do Brasil e de Portugal tenham sido elaboradas em circunstâncias similares de redemocratização e superação de regimes autoritários, a Carta Magna de 1988 jamais apresentou o mesmo propósito socializante da Constituição portuguesa de 1976. Diferentemente, limitou-se a estabelecer as bases normativas para a realização de reformas sociais, instituindo um Estado Democrático e Social de Direito (*Welfare State*) voltado para a promoção da justiça social e a redução das desigualdades (arts. 3.º e 170)⁵⁶; não existe na Constituição da República de 1988 o impulso revolucionário verificado no texto constitucional luso.

Ademais, a República Portuguesa se vê hoje como membro da Comunidade Europeia, cujos propósitos e estágio de integração são bem diferentes da atual situação do MERCOSUL, no qual o Brasil se encontra inserido. Enquanto os portugueses sentem em seu território a aplicação das normas de Direito Comunitário, ainda se recorre, no país, aos clássicos princípios e regras de Direito Internacional Público e Privado para a composição de conflitos atinentes ao bloco econômico sul-americano.

⁵⁴ CANOTILHO, em resposta à pergunta formulada por Fernando Facury Scaff na videoconferência transcrita em COUTINHO (org.), *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 56.

⁵⁵ Por isso, perfeita a lembrança de Eros Roberto Grau da afirmação de Robespierre, segundo a qual “a meta do governo constitucional é conservar a República; a do governo revolucionário é fundá-la”. (GRAU, Eros Roberto. CANOTILHO, Constituição dirigente e vinculação do legislador, 2.ª edição: resenha de um prefácio. In COUTINHO (org.), *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 22).

⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2. ed. rev. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 123/134.

Num e noutro caso, o papel dos tratados internacionais e a sua eficácia nos ordenamentos internos de cada Estado é bem diferente.

Ora, dadas as distintas evoluções dos dois países, seriam as novas posições do mestre português aplicáveis à hodierna circunstância social, econômica e política do Brasil? A questão passaria pela constatação de que talvez não fosse mais possível falar-se em Teoria da Constituição, mas em *Teorias* da Constituição; de fato, são distintos os problemas políticos e sociais a enfrentar em cada Estado, ensejando, portanto, a busca de diferentes soluções⁵⁷. Foi nessa ordem de idéias que Lenio Streck defendeu a adoção de uma *Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia* como o Brasil, na qual se apontaria o conteúdo programático-dirigente mínimo a constar da Constituição, assim como os respectivos mecanismos de acesso à jurisdição constitucional e de participação democrática⁵⁸.

Por óbvio, a concepção desse conteúdo programático-dirigente mínimo envolveria perquirir se ainda seria possível afirmar a sobrevivência da Constituição dirigente para além do seu conteúdo revolucionário. Nesse sentido, o próprio Canotilho admitiu, expressamente, que o dirigismo constitucional ainda sobreviveria no concernente à fixação de limites para o legislador, ou melhor, para o estabelecimento de um *programa constitucional*, de fins aos quais o legislador permanece adstrito no exercício de sua atividade, relativizando-se a sua liberdade de conformação⁵⁹. Isso significa que a Constituição continuaria sendo mais do que mero instrumento de governo – trata-se, ainda, do repositório das premissas materiais da política, de elemento substancial de vinculação do legislador⁶⁰.

Portanto, a Constituição dirigente ainda seria o arcabouço normativo necessário para o desenvolvimento de um projeto de combate à pobreza, mediante esquemas de socialidade⁶¹. À época, assim se manifestou Canotilho:

Em boa verdade, quando elas [as constituições dirigentes] surgiram, quando transportaram essas ideias, foram elas próprias factores de transformação social. Neste contexto, poderemos dizer também que elas devem existir enquanto forem úteis, enquanto forem historicamente necessárias. Elas foram historicamente necessárias em certo momento; podem ter cumprido parcialmente o seu papel, mas podem não ter cumprido ainda

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2. ed. rev. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 134; no mesmo sentido, v. os pronunciamentos de Luís Roberto Barroso e do próprio J. J. Gomes Canotilho, in COUTINHO (org.), *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 32-35.

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2. ed. rev. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 133 e seguintes.

⁵⁹ CANOTILHO, in COUTINHO (org.), *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 15.

⁶⁰ CANOTILHO, in COUTINHO (org.), *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 18-21.

⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2. ed. rev. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 131-132.

todo o seu papel. Eu acredito que elas vão sobreviver. Quando os esquemas políticos, econômicos, sociais e culturais forem totalmente outros, quando as novas gerações não se identificarem com a Constituição, quando a Constituição deixar de ter força reflexiva, isto é, capacidade de conformação da própria realidade social, então ela caduca, ela será substituída, ela acabará por se dissolver nos próprios mecanismos sociais. Em suma: *as constituições dirigentes existirão enquanto foram* [rectius, *forem*] *historicamente necessárias*⁶².

Para os “*órfãos do dirigismo constitucional*”, não se poderia abrir mão da presença de um programa de justiça social na Constituição. Prescindir do conteúdo dirigente da Constituição significaria retornar ao tempo das Constituições-garantia, nas quais o Estado aparecia como inimigo a ser controlado. Contudo, o Estado seria não apenas um partícipe do desenvolvimento social, como o seu mais importante agente. Em dissertação publicada há cerca de sete anos, alinhei-me com tais pensadores e afirmei:

“No caso brasileiro, o Estado ainda é o ator principal na condução de um projeto de transformação social, cumprindo-lhe um papel central na sua promoção. Dessa forma, parece-nos correta a afirmação de Gilberto Bercovici de que o *constitucionalismo reflexivo*, no qual o Estado divide com outros agentes a responsabilidade social, representaria a substituição de uma utopia por outra. Num país historicamente caracterizado pelo paternalismo estatal e pelo patrimonialismo, é no mínimo ingênuo acreditar que a sociedade civil assumirá com vantagens as atribuições que o Estado já não vem honrando adequadamente. Em outras palavras, não se nos afigura sustentável que outros sistemas de (auto-)regulação social seriam mais eficientes do que a Constituição para ordenar a transformação da sociedade.”⁶³

Sob essa perspectiva, o discurso em favor da retirada do texto constitucional da sua programaticidade e, conseqüentemente, da redução da vinculação jurídica do legislador à Constituição basear-se-ia, em grande parte, no argumento de que o dirigismo constitucional buscaria substituir-se ao processo de decisão política característico dos regimes democráticos, com a pretensão de ocupar todos os espaços da regulação jurídica da sociedade. Isso seria interpretado com um sinal de retorno à Constituição-

⁶² CANOTILHO, in COUTINHO (org.), *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 39-40. O grifo é nosso.

⁶³ DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 70-71. A referência no texto é a BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *In Revista de Informação Legislativa* 142 – abril/junho: 35-52, 1999, p. 41-42.

-garantia do liberalismo, restrita a limitar o poder político e, no máximo, prever os direitos de índole social minimamente necessários à fruição dos direitos de liberdade.

Contudo, a Constituição-garantia já se revelara insuficiente, porquanto, ao organizar e racionalizar o exercício do poder político, abdicou de uma indispensável medida material, com prejuízo da legitimação e da transparência da atuação dos órgãos de direção política do Estado – e esta lacuna teria sido preenchida pela Constituição dirigente, que carregaria, ao definir tarefas e fins estatais, uma base cognoscível de legitimação⁶⁴. Demais disso, não se mostraria correto afirmar que o dirigismo constitucional amarrava a atuação política, criando-lhe uma única via de desenvolvimento.

Permaneceria, então, acertada a afirmação de Canotilho de que as constituições sempre pretendem a conformação global do elemento político. A diferença entre a Constituição-garantia e a Constituição dirigente, portanto, não está na pretensão de conformar o político, mas no papel que reservam ao Estado na realização do bem comum. No Brasil, o Estado ainda mereceria posição nuclear no desenvolvimento da sociedade, sendo inadmissível, por enquanto, que lhe fosse retirada a centralidade do processo de evolução social. Logo, o Poder Público deveria manter-se incumbido da realização de tarefas e da promoção de fins, razão pela qual o agente político precisaria estar vinculado negativa e, sobretudo, positivamente na consecução de seu mister. E é precisamente este o propósito da Constituição dirigente: eleger parâmetros de vinculação material para os detentores do poder político não apenas para vedar-lhes determinadas condutas, como também para obrigá-los a cumprir tarefas e direcionar suas ações para alcançar finalidades determinadas⁶⁵.

A conclusão alcançada, portanto, era a de que o dirigismo constitucional ainda seria perfeitamente sustentável quanto à Constituição brasileira de 1988⁶⁶. Enquanto perdurasse o cenário de exclusão social, caberia à Constituição veicular o programa normativo de implementação da justiça social, de tal modo que aquele não seria o momento, ao menos quanto à realidade brasileira, de se abandonar a ideia da Constituição dirigente⁶⁷.

3.1.3. (Auto) Crítica à análise

Passados cerca de dez anos desde o momento dos debates mais intensos, é tempo de exercer o desapego a ideias sobre as quais boa parte do pensamento jurídico-constitucional brasileiro foi construído e, humildemente, dar um passo adiante rumo

⁶⁴ BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. In *Revista de Informação Legislativa* 142 – abril/junho: 35-52. Brasília: Senado Federal, 1999, p. 38.

⁶⁵ Cf. CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 471.

⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2. ed. rev. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 137.

⁶⁷ DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 79. Em semelhante sentido, v. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma Dogmática Constitucional Emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

a terrenos em que, se não se caminha com a mesma segurança que se reconhece nos ambientes mais familiares, apresentam novos e estimulantes desafios intelectuais e mesmo materiais à atuação dos estudiosos do Direito Público. Foi o que, na verdade, fez J. J. Gomes Canotilho, que, instigado por seus interlocutores brasileiros, prosseguiu numa jornada de desconstrução de sua própria tese.

Em texto originalmente publicado em 2003⁶⁸, Canotilho volta a cuidar da crise do dirigismo constitucional. Partindo da premissa da identidade entre Estado (de Direito) e Constituição, bem assente no pensamento jurídico-constitucional do Brasil, o autor dialoga com os juristas brasileiros e se propõe a contraditar as críticas apostas às reformulações teóricas sobre o dirigismo constitucional. Em primeiro lugar, Canotilho compreende o desconforto do constitucionalismo brasileiro, que tem por indissociáveis a Constituição dirigente e a *estatalidade*, articulada com o projeto de modernidade política. Reconhece que o Estado brasileiro ainda não foi capaz de superar completamente as violências física (a insegurança física e o arbítrio), política (desigualdades antidemocráticas) e social (pobreza)⁶⁹.

Por outro lado, reconhece, em algumas das críticas ao abandono da teoria da Constituição dirigente, traços de *nacionalismo republicano de esquerda* e de *patriotismo constitucional*, com o que identifica um viés claramente ideológico. Nas suas próprias palavras, *verbis*:

“[...] A ‘Constituição dirigente’ não é a melhor teoria da Constituição de uma comunidade assente numa imposição de valores, mais ou menos comunitariamente partilhados. É uma proposta de conformação normativa da política; não é um código moral do ‘bem’ e do ‘mal’ de uma comunidade. Dirigismo constitucional e demonologia constitucional não se casam bem.”⁷⁰

Prosseguindo na análise, Canotilho aponta o fracasso do Estado Social e da Constituição dirigente na sua intenção de conformação total da economia. O dirigismo constitucional foi muito além da conformação do político, *economicizando* o Estado e a Constituição e, com isso, conferindo-lhes um papel que não lhes seria próprio. Uma vez que a operacionalidade do domínio econômico é claramente diferente, a conformação jurídico-estatal da economia se revelou *disfuncional*⁷¹.

⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado pós-moderno e Constituição sem sujeito. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *“Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed.. Coimbra: Almedina, 2008.

⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado pós-moderno e Constituição sem sujeito. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *“Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed.. Coimbra: Almedina, 2008, p. 137-138.

⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado pós-moderno e Constituição sem sujeito. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *“Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed.. Coimbra: Almedina, 2008, p. 140-141.

⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado pós-moderno e Constituição sem sujeito. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *“Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed.. Coimbra: Almedina, 2008, p. 143.

Parte dessa interferência do Estado e da Constituição na economia se deu também mediante a reserva, absoluta ou não, de determinadas atividades à esfera dos serviços públicos e à atuação direta do Estado. A ineficiência e o alto custo dos serviços públicos e da burocracia administrativa impunham uma modernização da máquina estatal, adotando-se os instrumentos de direção e organização econômico-privados. Antes de tudo, porém, seria preciso *dessacralizar a Constituição e desmistificar o Estado* em nível simbólico:

“O ‘Estado Social’ é um ‘mito’, um ‘feitiço’, uma ‘bruxaria’ que deixou de manipular artes mágicas capazes e o fazer sair da bancarrota e da ineficiência. Estado ‘desmistificado’ e desfeiticizado’ precisa-se.”⁷²

A própria direção de política pela Constituição seria uma mistificação. Canotilho afirma que o dirigismo constitucional pressupõe a *constitucionalização fundamental* da sociedade, de tal modo que todos os problemas econômicos, sociais e científicos seriam suscetíveis de resolução por decisões político-constitucionais do Poder Público. Forte, porém, na tese autopoietica de Niklas Luhmann, assinala que o sistema *político* só pode oferecer soluções *políticas* para problemas *políticos*. Assim seria porque: (i) a programaticidade constitucional encerraria os riscos de uma ocupação totalizante da sociedade pela política, suplantando a crença na política como elemento evolutivo e transformador; e (ii) a oferta de um programa constitucional-dirigente aos atores políticos seria positiva por intensificar a cidadania, mas o ativismo político não gerará necessariamente a solução dos problemas econômicos e sociais, antes agravando os quadros de miséria. Impróprias, portanto, seriam as respostas do sistema político às questões econômicas e sociais e a falha na sua diferenciação permitiria o manejo ilegítimo do aparato estatal por elites militares ou econômicas, como teria sido o caso no Brasil⁷³.

No entanto, isso não significa que sua adesão à tese autopoietica seja plena e total. Ainda que reconheça que, numa sociedade plural, é insustentável afirmar a existência de projetos de bem comum da sociedade previamente programados através de uma “política iluminista”, o Estado ainda terá papel de direção. Ocorre que essa direção foi *descentralizada* para outros atores coletivos e organizações não estatais quanto a várias questões sociais e *recentralizada* no Estado quanto ao sistema político⁷⁴.

O catedrático de Coimbra é ainda mais incisivo quando põe as Constituições e, em especial, a Constituição dirigente no campo das *metanarrativas*, ao lado das “ré-

contas omnicompreensivas e totalizantes que conferem à história um significado certo e unívoco”, como as religiões, as filosofias historicistas ou o marxismo, por exemplo⁷⁵. O dirigismo constitucional, como *metanarrativa de convivência e transformação social*, propõe-se a se legitimar pela justiça social, pela lógica da melhor prestação social, cuja oponibilidade ao que denomina de *sociedade técnica* é praticamente nula. É com esse argumento que explica, enfim, sua concepção de *morte* da Constituição dirigente: morta estará como *metanarrativa* de caráter emancipatório unívoco, como inexistente será o sujeito “*capaz de contar a récita e de nela se empenhar*”⁷⁶.

E assim conclui o autor, afirmando que o Estado deve passar da condição de “heroico” e intervencionista a “pós-heroico” e supervisor, sugerindo que a Constituição também passe de dirigente e “heroica” a “pós-heroica” e limitada ao estabelecimento de regras de supervisão concernentes à garantia e à produção de bens coletivos⁷⁷. No entanto, faz questão de preservar-se como filiado ao pensamento moderno, rejeitando enfaticamente a lógica antimodernista. Para tanto, continua a reconhecer o Direito Constitucional como fonte de instrumentos democráticos para a preservação da dignidade humana.

Como se percebe, Canotilho efetivamente mudou de opinião, inclusive quanto aos limites e às possibilidades do dirigismo constitucional nos países periféricos e, particularmente no Brasil. E a sua opinião mais recente parece a mais correta. Com efeito, é indiscutível que vivemos em um país melhor do que o entregue ao governo civil em 1985, mas, nos vinte e cinco anos de vigência da Constituição de 1988, o caminho emancipatório já percorrido permanece bem menor do que a trilha ainda a percorrer.

Seria o caso, eventualmente, de se perguntar se o relativo atraso civilizatório brasileiro se deu *por causa* da Constituição de 1988, *apesar* dela ou de forma *indiferente* a ela. A última hipótese pode ser descartada de plano: diante do caráter analítico – prolixo, até – da Carta de 1988, praticamente se exclui a possibilidade de qualquer alheamento: uma Constituição que se propõe a disciplinar os serviços notariais ou a união estável, por exemplo, não é indiferente a quase nenhum aspecto da sociedade.

Quanto às demais, no entanto, talvez não haja uma resposta definitiva. Na verdade, o debate será sempre “contaminado” por um conflito ideológico: as teorias de esquerda tenderão a sustentar que, não fosse o dirigismo constitucional, o progresso teria sido ainda menor, ao passo que teóricos mais à direita no espectro político assinalarão o uso da Constituição dirigente como um conjunto de promessas irrealizáveis. De qualquer modo, a análise pura e simples de resultado não deixa dúvidas: ao menos até agora, a Constituição dirigente não cumpriu o papel que dela se esperava, não apenas no Brasil, como em outros países do mundo.

⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado pós-moderno e Constituição sem sujeito. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed.. Coimbra: Almedina, 2008, p. 142-144.

⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado pós-moderno e Constituição sem sujeito. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed.. Coimbra: Almedina, 2008, p. 150-153.

⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado pós-moderno e Constituição sem sujeito. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed.. Coimbra: Almedina, 2008, p. 160-161.

⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado pós-moderno e Constituição sem sujeito. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed.. Coimbra: Almedina, 2008, p. 154-155.

⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado pós-moderno e Constituição sem sujeito. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed.. Coimbra: Almedina, 2008, p. 156.

⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado pós-moderno e Constituição sem sujeito. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed.. Coimbra: Almedina, 2008, p. 163.

Mais do que resultados concretos, a Constituição dirigente vem gerando frustrações e, mesmo num cenário de flagrante deterioração dos índices socioeconômicos em países nos quais não se instaurou o Estado Social de Direito nem vicejou o dirigismo constitucional – como no caso dos EUA (especialmente no período pós-2008) –, a melhor fase dos países periféricos ainda está abaixo da pior fase dos países desenvolvidos em muitos aspectos, como, por exemplo, no grau médio de instrução da população ou na qualidade dos serviços de saúde e de transporte públicos. Em alguns casos, como na Venezuela, na Bolívia e na Argentina, o cenário é de agravamento dos quadros de pobreza.

As perguntas surgem, então, inevitáveis: seria mesmo o caso de se *insistir* na tese do dirigismo constitucional? Não se estará esperando da Constituição mais do que ela efetivamente pode oferecer? Permita-se descartar a possibilidade de resistência ideológica à própria Constituição dirigente como obstáculo à realização de suas promessas emancipatórias, uma vez que se tem assistido na América Latina, nos últimos dez anos, a predominância de governos de esquerda, que têm recebido fraquíssima ou quase nula oposição. Mesmo com ampla maioria parlamentar – independentemente da legitimidade ou legalidade dos instrumentos manejados para coalizões partidárias – e com altos índices de popularidade, governos ditos progressistas não conseguiram alcançar o grau de desenvolvimento desejado e prometido por suas Constituições, ainda que tenham apresentado avanços pontuais significativos.

Em suma, quer-se dizer que é insubsistente o argumento de que “a Constituição é boa, os governos a corrompem”. É claro que a incapacidade dos órgãos e entidades estatais na consecução de seus misteres não pode ser ignorado, mas o abismo entre o programa constitucional e a realidade, mesmo depois de quase três décadas de dirigismo constitucional não permite, com a devida vênia, que se credite o problema exclusivamente a falha humana – o equipamento também era inadequado.

Demais disso, é importante destacar outra lição que se infere de *Canotilho II*: no que concerne à conformação do elemento político, a Constituição dirigente parece ter gerado uma externalidade altamente negativa. *A exauriente juridicização do político* operada pela Constituição dirigente desestimula, em boa medida, a participação política, afastando o centro gravitacional da cidadania do *status activus civitatis* para praticamente restringi-lo do *status positivus*⁷⁸: a partir do momento em que é extenso

⁷⁸ A formulação da teoria do *status* é de Georg Jellinek. Segundo o autor, o indivíduo poderia encontrar-se, na qualidade de membro do Estado, em quatro situações jurídicas ou *status* distintos. O primeiro deles seria o *status passivo* ou *status subjectivus*, no qual restaria excluída a autodeterminação individual – e, com isso, a própria personalidade seria relativizada e limitada. O indivíduo não seria titular de qualquer direito e estaria inteiramente subordinado ao poder estatal, exercido através do estabelecimento de deveres e proibições. Com o reconhecimento do desenvolvimento da personalidade, aumenta no mesmo grau a limitação da atuação do Estado, passando o indivíduo a possuir uma esfera de liberdade inalcançável pelo poder estatal – é o *status libertatis* ou *status negativus*, no qual o poder do Estado é juridicamente limitado e, portanto, deve abster-se de interferir na liberdade de seus membros. A terceira situação identificada por Jellinek é o *status positivus* ou *status civitatis*, complementar ao *status negativus*, no qual ao indivíduo se assegura juridicamente a possibilidade de usufruir determinadas instituições estatais e de exigir certas prestações positivas do Estado. Por fim, Jellinek vê no *status activae civitatis* a autorização para o indivíduo exercer seus direitos políticos na formação da vontade estatal, como, por exemplo, através do direito de voto (JELLINEK, Georg. *Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi*. Milano: Società Editrice Libreria, 1912.)

o catálogo de direitos constitucionalmente assegurados, menos se reserva à luta política e, portanto, é menor a necessidade de mobilização social, o que torna a política assunto desinteressante – afinal, o cidadão poderá proteger seus direitos recorrendo à via jurisdicional, sem a necessidade de buscar a alternativa política parlamentar.

Nessa ordem de ideias, é paradoxal que uma construção intelectual concebida para a proteção de direitos de gênese coletiva – como são, em regra, vários dos direitos sociais –, sirva muito mais – ao menos no Brasil – para a sua proteção individualizada, vista pela lente do binômio *direito subjetivo-obrigação* que é próprio da mecânica de solução de conflitos a que se propõe o Poder Judiciário. A Constituição dirigente permitiu, felizmente, a promoção da cidadania, mas o fez timidamente em termos coletivos, privilegiando ações individuais e ativismos alheios ou mesmo refratários à política, que pode acabar confiada a quem detém pouca representatividade popular, gerando, num círculo vicioso, ainda mais descrédito.

Sendo assim, qual seria o papel do Estado numa nova conformação? Até mesmo por conta da vicissitude da tendência de tratamento individualizado das demandas sociais de origem coletiva, não se pode negar a importância do Estado na consecução de um projeto emancipatório. No entanto, é necessário repensar a *forma* pela qual o Estado deve atuar, isto é, se a oferta de prestações sociais deve caber *exclusivamente ao Estado, preferencialmente ao Estado* ou *preferencialmente aos particulares* sob supervisão – *rectius*, regulação – do Estado e, nesta hipótese, se *concorrentemente com o Estado ou seus delegatários*. Como se verá nos tópicos seguintes, aqui se adere à última modalidade elencada.

Permita-se a repetição: não se há de entender pela completa saída do Estado da esfera prestacional, ideia que seria completamente incompatível com a realidade brasileira. Gaspar Ariño Ortiz, em observação pertinente, assinala que a liberalização e a privatização de serviços públicos pode ser adequada a países mais desenvolvidos, com sociedades mais organizadas, que disponham da infraestrutura para a sua oferta em quantidade e qualidade admissíveis; por outro lado, o protagonismo estatal pode ser, ao menos num período inicial, indispensável para prover de modo efetivo os serviços públicos à população nas sociedades menos desenvolvidas⁷⁹.

Todavia, a dependência do Estado para a satisfação das necessidades sociais precisa ser paulatinamente reduzida, porque se provou, historicamente, deletéria. O peso da burocracia estatal, em contraste com a maior agilidade do setor privado e dos instrumentos que utiliza, não podem ser desprezados. O Estado precisa ser menos presente “na ponta”, na *execução direta* das prestações sociais, para que possa canalizar sua energia no exercício das funções típicas de Estado (como a segurança pública e a diplomacia, por exemplo) – que não podem ser negligenciadas – e na prestação de serviços que digam com as condições mínimas de sobrevivência digna ou que não sejam oferecidos a contento pelo mercado, por desinteresse econômico. O argumento será desenvolvido mais adiante.

⁷⁹ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. 3. ed.. Madrid: Comares, 2004, p. 110.

4. É Possível, Atualmente, um Estado “Não Social” de Direito?

A crise do Estado Social gerou reações de vários matizes. Dentro do conceito comum de *neoliberalismo*, incluem-se as teses mais radicais, que pregam um retorno puro e simples ao Estado mínimo do liberalismo, excluindo-se o Estado do papel de prestador de serviços públicos e, *a fortiori*, retirando-se da Constituição as cláusulas de socialidade. Em síntese, isso importaria o retorno à Constituição-garantia, com a supressão do chamado *bloco constitucional dirigente*: caberia à Constituição, novamente, apenas a garantia das liberdades individuais, devolvendo-se as questões socioeconômicas ao debate político, de tal modo que o caráter *social* não mais seria do Estado de Direito em si considerado, mas apenas do governo eleito. Naturalmente, tais ideias encontraram – e ainda encontram – forte resistência.

De acordo com Ferrajoli, duas seriam as possíveis respostas à crise do Estado Social, que reputa opostas: a primeira delas, que qualifica como *autoritária e regressiva*, e outra, *democrática e progressista*⁸⁰. A resposta alegadamente *autoritária e regressiva* seria a sugerida por estratégias *neoliberais*, importaria o retorno à economia de mercado, com a redução do intervencionismo estatal na economia e, sobretudo, a restrição das prestações públicas de cunho social e assistencial. A volta ao livre mercado, para o jurista italiano, seria irreal, por negar que o próprio *Welfare State* nasceu como resposta à instabilidade do capitalismo e como remédio para a incapacidade do mercado para se autorregular – não haveria por que acreditar que o mesmo não ocorreria novamente⁸¹.

No que concerne à redução da atividade prestacional do Estado, Ferrajoli a reputa *antidemocrática*, uma vez que significaria uma simplificação do sistema político, mediante a amputação de funções estatais que satisfazem demandas e necessidades sociais amplamente difundidas e que os mecanismos competitivos do mercado jamais estariam em condições de replantar de acordo com critérios mínimos de justiça distributiva. Além disso, não o fariam sem o reforço de instrumentos autoritários de controle estatal. As expectativas de níveis mínimos de segurança social satisfeitos por prestações e serviços públicos estariam tão consolidadas que se haveriam tornado irreversíveis, de tal modo que não poderiam ser retirados sem conflitos violentos. Lastreado na lição de Bobbio, Ferrajoli sustenta que democracia e Estado Social são conceitos inseparáveis, tanto histórica como estruturalmente⁸².

Com isso, Ferrajoli reconduz o debate ao que afirma ser a ausência de uma teoria jurídica própria para o *Welfare State*, ao qual não veste bem o aparato teóri-

⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. Estado Social y Estado de Derecho. In ABRAMOVICH, Victor et al. (comp.). *Derechos sociales: Instrucciones de uso*. México: Fontamara, 2006, p. 16-17.

⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. Estado Social y Estado de Derecho. In ABRAMOVICH, Victor et al. (comp.). *Derechos sociales: Instrucciones de uso*. México: Fontamara, 2006, p. 17.

⁸² FERRAJOLI, Luigi. Estado Social y Estado de Derecho. In ABRAMOVICH, Victor et al. (comp.). *Derechos sociales: Instrucciones de uso*. México: Fontamara, 2006, p. 18. Curioso anotar que Gaspar Ariño Ortiz menciona a lição de Ernst Forsthoﬀ, para quem, em sentido diametralmente oposto, Estado de Direito e Estado de Bem-Estar seriam figuras inconciliáveis (ARIÑO ORTIZ, Gaspar *Principios de Derecho Público Económico*. 3. ed.. Madrid: Comares, 2004, p. 99-100).

co do Estado liberal, cuja complexidade seria bem menor. Nesse sentido, pontua:

“[...] E também hoje a conservação do *Welfare State* e, em particular, das funções sociais positivas das quais obtém legitimidade democrática, depende de sua capacidade para reestruturar-se como *Welfare State* de Direito; ou, ao revés, da capacidade do velho Estado constitucional de Direito de aderir à complexidade social, desenvolvendo novos modelos de legalidade garantista, idôneos para minimizar o novo poder subjetivo (extralegal, escassamente visível, tendencialmente incontrolado) dos aparatos burocráticos e a maximizar o poder objetivo do sistema político inerente às novas funções e às novas expectativas por ele geradas. [...]”⁸³

Permita-se, ainda uma vez, divergir do eminente jurista italiano. Uma coisa é absolutamente certa: o Estado Social de Direito, tal como originariamente concebido, revelou-se inviável. Ao mesmo tempo que o retorno ao liberalismo puro traria de volta as desigualdades que o Estado Social tentou superar, seus equívocos têm que ser deixados de lado. O modelo deve ser aperfeiçoado, de modo a que se fuja da espiral de esgotamento em que o *Welfare State* se inseriu ao final dos anos de 1970 e, novamente, desde 2008.

É importante que se afirme que não se sustenta aqui, em absoluto, a inteira supressão dos esquemas de socialidade, mas a sua *reorganização*. Mais importante do que o debate sobre o *Estado mínimo* ou *máximo* é a busca do *Estado eficiente*, que entrega, diretamente ou não, os serviços públicos e outras prestações assistenciais a quem deles necessita, com presteza, correção, regularidade e economicidade. Mister, na verdade, admitir novas formatações do serviço público, mais flexíveis e eficazes para a *efetiva* consecução dos *resultados* almejados.

Em outras palavras, não se quer simplesmente renegar ou desprezar o claro avanço civilizatório que o *Welfare State* proporcionou, mas, tão-somente, admitir-se o seu exaurimento e, num exercício dialético, atingir-se a síntese dos opostos Estado Liberal, que confia na atuação do mercado para o justo resultado alocativo dos bens e serviços, e Estado Social, que intervém positivamente na economia para assegurar esse mesmo resultado.

A síntese do que ora se afirma está nas palavras do já mencionado Gaspar Ariño Ortiz:

⁸³ FERRAJOLI, Luigi. Estado Social y Estado de Derecho. In ABRAMOVICH, Victor et al. (comp.). *Derechos sociales: Instrucciones de uso*. México: Fontamara, 2006, p. 20. Tradução livre do espanhol: “[...] Y también hoy la conservación Del *Welfare State* y, en particular, de las funciones sociales positivas de las cuales obtiene legitimidad democrática, depende de su capacidad para reestructurarse como *Welfare State* de derecho; o, la inversa, de la capacidad de lo viejo Estado constitucional de derecho de adherirse a la complejidad social desarrollando nuevos modelos de legalidad garantista, idôneos para minimizar el nuevo poder subjetivo (extra-legal, escasamente visible, tendencialmente incontrolado) de los aparatos burocráticos y a maximizar el poder objetivo del sistema político inerente a las nuevas funciones y a las nuevas expectativas por él generadas. [...]”.

“Contudo, diante da crise do Estado do Bem-Estar, não basta dizer: ‘voltemos ao Estado liberal, ao Estado mínimo’. Seria um simplismo. Ante a Sociedade urbana e complexa em que o coletivo substituiu o individual, o processo não tem retorno. Por isso, em face da utopia socialista, também se há de fugir da ‘loucura liberal’, que crê que o Estado pode ser suprimido e que tudo pode ser privatizado, inclusive o dinheiro. O Estado resistirá. Continuará sendo grande. Depois das maciças privatizações do Governo Thatcher, o setor público só se reduziu em 4 pontos percentuais, de 45% a 41%. Ninguém questiona os fins essenciais do Estado, nem tampouco os não essenciais que foram incorporados à sua responsabilidade. O que está em questão são os meios e o novo sistema de gestão.”⁸⁴

Na mesma toada é o escólio de Rafael Carvalho Rezende Oliveira, *verbis*:

“É importante esclarecer que a diminuição do aparelho estatal e a reformulação das atividades que devem ser desenvolvidas pelo Estado não significam um simples retorno ao Estado Liberal clássico, pois, agora, o Estado não abdica da intervenção na área econômica e social. A mudança primordial está justamente na técnica utilizada para essa intervenção, que deixa de ser direta e passa a ser indireta (subsidiariedade), notadamente através da regulação (Estado Regulador) e do fomento público.”⁸⁵

O Estado de Direito, portanto, não deixará de ser Social – não lhe será mais dado fazê-lo, na atual quadra histórica. No entanto, a socialidade deve concentrar-se mais na efetiva consecução de seus objetivos, como se demonstrará nos tópicos seguintes, e menos na gestão direta das prestações sociais. A redução do tamanho do aparato estatal não significa que o Estado deve descurar do atendimento das necessidades sociais. Consequentemente, o próprio dirigismo constitucional, ainda que não possa ou deva ser eliminado, merecerá *releitura*, pautada principalmente pela cultura do resultado.

⁸⁴ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. 3. ed.. Madrid: Comares, 2004, p. 102-103. Tradução livre do espanhol: “Ahora bien, frente a la crisis del Estado del Bienestar, no basta decir: ‘volvamos al Estado liberal, al Estado mínimo’. Sería un simplismo. Ante la Sociedad urbana y compleja en la que lo colectivo *há* sustituido a lo individual, el proceso no tiene vuelta atrás. Por ello, frente a la utopía socialista, también hay que huir de la ‘locura liberal’, que cree que el Estado puede ser suprimido y que todo puede ser privatizado, incluso el dinero. El Estado está para durar. Seguirá siendo grande. Tras las masivas privatizaciones del Gobierno Thatcher, el sector público solo se redujo en 4 puntos porcentuales, del 45% al 41%. Nadie pone en cuestión los fines esenciales del Estado; y tampoco los no esenciales, pero que han sido incorporados a la responsabilidad de *éste*. Lo que está en cuestión son los *médios* y el nuevo sistema de gestión.”

⁸⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, Concessões e Terceiro Setor*. 2. ed. rev., ampl. e atual.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 10.

É bem de ver que, no Brasil, nem poderia ser de outra forma, pois o caso brasileiro difere de tantos outros e, em particular, do português em um aspecto relevantíssimo: o *bloco constitucional dirigente* da Constituição de 1988 está, em sua maior parte, incluído nas cláusulas pétreas, ou seja, nos limites materiais de reforma constitucional (art. 60, § 4º). O catálogo de direitos sociais é praticamente todo incluído – quando menos, em termos topográficos – no rol de normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais⁸⁶ e várias das normas programáticas de cunho emancipatório são consideradas, para todos os fins, preceitos fundamentais da Constituição, todos insuscetíveis de supressão. Logo, a própria literalidade da Constituição impede, de modo permanente, que se recuse totalmente o seu caráter dirigente e, portanto, a supressão do Estado Social de Direito.

5. Parâmetros para uma Proposta Conciliatória: Subsidiariedade, Consenso e Solidariedade.

Tendo-se como assente que, se de um lado, a preservação do Estado como único ou principal provedor direto de prestações sociais e serviços públicos é faticamente insustentável e, portanto, é ideia a ser repelida, mas, de outro, que o Estado de Direito não mais poderá deixar de ser *Social*, impõe-se buscar a conciliação de tais concepções. O caminho, como acertadamente propõe Ariño Ortiz, está na escolha dos meios pelos quais os fins públicos devem ser perseguidos e a mecânica de gestão desses meios, de modo a preservar o papel de agente ordenador que a Constituição confia ao Estado e, ao mesmo tempo, instituir mecanismos que incentivem o aperfeiçoamento constante dos serviços oferecidos à população, independentemente da natureza pública ou privada dos prestadores.

Evidentemente, a questão pode ser vista de várias perspectivas. Dentre os vários signos a reger a postura do Estado Social, três parecem fundamentais: a *subsidiariedade*, o *consenso* e a *solidariedade*. Pede-se vênias para que, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, sejam tecidas algumas considerações sobre os mesmos.

5.1. A subsidiariedade⁸⁷.

Simplificadamente, o princípio da subsidiariedade pode ser formulado da seguinte maneira: deve ser confiada aos indivíduos a realização do que lhes seja possível por seu esforço e iniciativa, cabendo à comunidade prover-lhe o que estiver além de suas possibilidades; aos grupos sociais maiores caberá o atendimento das necessidades dos grupos menores apenas naquilo que suas próprias capacidades forem insuficien-

⁸⁶ Sobre o tema, v. DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, especificamente o Capítulo III.

⁸⁷ A literatura jurídica brasileira já tem inúmeras obras dedicadas ao tema. Confirmam-se, por exemplo, BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O Princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996; e TORRES, Sílvia Faber. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

tes⁸⁸; e, nessa mesma linha de raciocínio, cumpre ao Estado realizar o que ultrapassa as possibilidades da sociedade civil, por intermédio de suas instituições e organizações⁸⁹.

Para que o princípio da subsidiariedade conforme a ordem social, é necessária a observância de alguns requisitos, como a existência de cidadãos e grupos dispostos a assumir suas tarefas e responsabilidades nos seus diversos graus, o que pressupõe um reconhecimento amplo do direito de propriedade e da liberdade de empresa. Será, então, legítima a intervenção estatal para: (i) oferecer segurança jurídica aos particulares, de modo a que sejam *estimulados* a realizar-se por seus próprios meios de modo honesto e eficiente; (ii) ordenar e *incentivar* o exercício correto dos direitos individuais, sobretudo os de índole econômica, de modo a garantir a lealdade nos negócios e a livre concorrência; e (iii) correção das desigualdades de oportunidades – não necessariamente de resultados – e garantia de um mínimo de prestações sociais (de educação, saúde, habitação, renda etc.) indispensável à vida digna (o chamado *mínimo existencial*).

Dessa forma, o Estado reduz sua atuação *direta* à correção das distorções do mercado e às prestações sociais que atendam a necessidades da população desprovidas de apreciação econômica pelo mercado, que sejam concernentes a exigências culturais ou espirituais que o mercado não possa atender, ou que se relacionem com exigências ético-morais básicas da sociedade, como os serviços de saneamento e de educação fundamental, por exemplo⁹⁰. Por tais e tantas razões, é usual que a subsidiariedade seja considerada incompatível com o Estado Social de Direito. Contudo, é de se entender que se trata de compreensão equivocada ou, quando menos, ultrapassada.

Parece bastante claro que o princípio da subsidiariedade, mesmo que não se o considere positivado na Constituição brasileira de 1988, é com ela plenamente compatível. Com efeito, o art. 37, *caput*, da Carta Política submete a Administração Pública ao princípio da *eficiência*, que, sob o aspecto da *economicidade* (expressamente mencionada no *caput* do art. 70), impõe ao Estado a adoção da melhor relação custo-benefício possível, num equilíbrio ótimo entre, de um lado, a eficácia quantitativa e qualitativa das prestações públicas e, de outro, o menor dispêndio.

Tome-se por sabido que a Administração Pública custa caro. Mais ainda, que as prestações fornecidas pela Administração Pública custam mais caro do que as prestações equivalentes disponibilizadas pela iniciativa privada: sem sequer se adentrar a questão da corrupção, endêmica no país, os procedimentos licitatórios do Poder Público para a aquisição de insumos são mais lentos e custosos que os ritos de compras (*procurement*) dos agentes privados; os meios de pagamento da Administração Pública são, em regra, absurdamente mais burocráticos que as formas adotadas pelos particulares, que não se submetem às várias etapas previstas na Lei nº 4.320/64 para

⁸⁸ Em termos semelhantes o conceito de subsidiariedade foi introduzido pela encíclica *Quadragesimo Anno*, do Papa Pio XI.

⁸⁹ Cf. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. 3. ed.. Madrid: Comares, 2004, p. 112.

⁹⁰ Cf. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. 3. ed.. Madrid: Comares, 2004, p. 113-114.

pagamento de suas despesas; os custos com a folha de pagamento, em virtude do regime jurídico dos servidores públicos, são, no médio e longo prazos (às vezes, também no curto...), sensivelmente maiores que os encargos trabalhistas dos prestadores privados de serviço, que fazem mais com menos... E tudo isso é custeado com receitas dos tributos, compulsoriamente cobrados dos contribuintes que não veem o retorno da exação sob a forma de bons serviços.

De igual modo, é cada vez mais difícil negar que o mercado, sob regulação adequada, tem maiores possibilidades de oferecer aos cidadãos uma alocação mais equitativa de bens e serviços que a Administração Pública. Num cenário bem administrado de livre concorrência, os agentes econômicos privados competem entre si e, com isso, possuem maiores estímulos para o aperfeiçoamento qualitativo, a expansão quantitativa de seus serviços e a redução dos preços do que a Administração Pública, que não tem o objetivo de competir com ninguém – perversamente, aliás, é até o contrário: a redução da clientela, quando possível, é até economicamente interessante para o Estado, que poderá destinar seus recursos públicos ao custeio de outras tarefas.

A redução da máquina administrativa, portanto, é imperiosa – não faz sentido manter os altos custos de uma Administração Pública incapaz de atender as demandas sociais. Logo, o enxugamento do aparato estatal se mostra indispensável para reorganização das finanças públicas, uma vez demonstrado que o inchaço do Estado não foi capaz de prover adequadamente os serviços públicos e outras prestações estatais, antes agravando um quadro econômico que, insustentável, seria capaz de colapsar a ação estatal positiva.

Nesse contexto, a retirada parcial do Estado da economia, com a sua passagem ao papel de Estado *regulador* e *delegatário dos serviços públicos*, demonstra a sua contemporânea conformação direcionada à *Administração Pública de resultados*⁹¹, em que duas características se verificam com especial importância. A primeira delas é o reconhecimento do *resultado* da ação estatal como fonte de sua legitimidade, de tal modo que é menos importante se o fornecedor direto da prestação social é o ente público ou um particular delegatário. A segunda, por seu turno, é a identificação do agente econômico privado como um *parceiro* e não como um *inimigo*, de tal modo que, oferecendo-se-lhe o ambiente juridicamente seguro e os incentivos econômicos legal e moralmente adequados, a sociedade seja mais atendida e mais bem atendida.

Assinale-se que a delegação de serviços aos particulares não importa a descaracterização dos mesmos como serviços públicos. Pelo menos, é o que se fez constar da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como se infere, por exemplo, do seguinte julgado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.584/94 DO ESTADO DA BAHIA. ADOÇÃO DE MATERIAL ESCOLAR E LIVROS DIDÁTICOS PELOS ESTABE-

⁹¹ Sobre o tema, v. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: Legitimidade – Finalidade – Eficiência – Resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, especialmente p. 123 e seguintes.

LECIMENTOS PARTICULARES DE ENSINO. SERVIÇO PÚBLICO. VÍCIO FORMAL. INEXISTÊNCIA. 1. Os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. 2. Tratando-se de serviço público, incumbe às entidades educacionais particulares, na sua prestação, rigorosamente acatar as normas gerais de educação nacional e as dispostas pelo Estado-membro, no exercício de competência legislativa suplementar (§2º do art. 24 da Constituição do Brasil). 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado improcedente.”⁹²

Perceba-se, ainda, a mudança sensível: o Estado passa a se legitimar pelos resultados alcançados e não pela metanarrativa constitucional de finalidades públicas, própria do dirigismo constitucional. É insuficiente, para os fins da legitimidade da ação estatal, que seja orientada pelos fins públicos e pelos esquemas de socialidade previstos (*sonhados?*) na Constituição, se os seus resultados não forem adequados segundo indicadores claros de desempenho. É essa perspectiva que move a adoção de novas formas *negociais* de consecução dos objetivos constitucionais, máxime com o estabelecimento de *parcerias* com os agentes privados e o uso de meios *consensuais* para a satisfação das necessidades sociais, e que, lentamente, chega ao Judiciário: no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1923 (Rel. Min. Ayres Britto), o Min. Luiz Fux votou no sentido da constitucionalidade da legislação federal que autoriza a prestação de serviços públicos pelas *organizações sociais*. Permita-se a reprodução de trecho do mencionado voto:

“Mais recentemente, porém, o modelo atual de Estado, diante das exigências formais do regime jurídico público tradicional e do agigantamento do aparelho estrutural administrativo, muitas vezes tem se inclinado para a atuação indireta, por regulação, indução e através do fomento público (art. 174, *caput*, da CF, que dispõe de forma genérica sobre a regulação, a fiscalização, o incentivo e o planejamento estatais no âmbito das atividades econômicas). Sinal claro dessa tendência consiste nos programas de privatização e de desestatização, que povoaram o Brasil na década de noventa, e na crescente relevância atribuída pela legislação às denominadas agências reguladoras, cujo modelo institucional já recebeu a chancela desta Corte Suprema no julgamento das ADIn’s nº 1.668/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, e 1.949-MC/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

⁹² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1266, Relator Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 06/04/2005, DJ 23/09/2005, p. 6.

Assim, nos dois momentos, o que resultou foi a vontade preponderante manifestada nos canais democráticos, sem que a Constituição fosse lida como a cristalização de um modelo único e engessado a respeito da intervenção do Estado no domínio econômico e social. E é justamente dessa forma, optando pelo fomento acompanhado de uma regulação intensa, que os serviços públicos sociais ainda continuarão a ser efetivados pelo Estado brasileiro após a vigência da Lei nº 9.637/98 – e como de fato vêm sendo –, através da colaboração *público-privado*. Em outros termos, a Constituição não exige que o Poder Público atue, nesses campos, exclusivamente de forma direta. Pelo contrário, o texto constitucional é expresso em afirmar que será válida a atuação indireta, através do fomento, como o faz com setores particularmente sensíveis como saúde (CF, art. 199, §2º, interpretado *a contrario sensu* – “é vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos”) e educação (CF, art. 213 – “Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que: I - comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação; II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades”), mas que se estende por identidade de razões a todos os serviços sociais.

Disso se extrai que cabe aos agentes democraticamente eleitos a definição da *proporção* entre a atuação direta e a indireta, desde que, por qualquer modo, o resultado constitucionalmente fixado – a *prestação dos serviços sociais* – seja alcançado. Daí porque não há inconstitucionalidade na opção, manifestada pela Lei das OS’s, publicada em março de 1998, e posteriormente reiterada com a edição, em maio de 1999, da Lei nº 9.790/99, que trata das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, pelo foco no fomento para o atingimento de determinados deveres estatais.”⁹³

⁹³ A íntegra do voto está em FUX, Luiz. *Jurisdição constitucional: democracia e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 117 e seguintes. Quando da conclusão deste estudo, o julgamento da ADI 1923 encontrava-se suspenso em virtude do pedido de vista do Min. Marco Aurélio. Cf. <http://www.stf.jus.br>; consulta em 27.11.2013.

5.2. O consenso.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto recorre à Antropologia Social e à Sociologia para assinalar a importância da consensualidade na estruturação e no desenvolvimento das instituições. Nesse ponto, destaca que “as relações fundadas apenas ou predominantemente na coerção jamais serão tão duradouras quanto as que se lastreiam no consenso”. O *consenso* pressupõe *aceitação*, que é agregadora e, portanto, cratologicamente oposta ao *repúdio*, que é desagregador⁹⁴. Em outras palavras, a imposição da vontade estatal pela força tende a exibir menor eficácia e durabilidade que a sua aceitação consensual.

Prosseguindo-se no mesmo raciocínio, tem-se que a hierarquização do exercício da atividade estatal e o (ab)uso do *poder de império* na interação entre Estado e sociedade criam ambiente favorável ao repúdio e à desagregação. A *verticalização* das relações, estendida à prestação dos serviços públicos, restringe a participação social na tomada de decisões, concentrando-as no topo da pirâmide, a uma altura da qual é mais difícil a visão do resultado das prestações estatais no que concerne ao efetivo atendimento das demandas sociais. Impõe-se, portanto, horizontalizar as relações Administração-administrado na medida do possível, de modo a baseá-las no consenso e, assim, atingir maiores adesão, estabilidade e legitimidade democrática.

Para além das considerações sobre a legitimidade, argumentos de *eficiência* e de *economicidade*, já antes esgrimidos, são de valia para o manejo de mecanismos consensuais de ação, dos quais as formas *contratuais* são excelentes exemplos. A própria pretensão do Estado Social de espraiar sua atuação para a prestação de serviços públicos, por esbarrar em limites fáticos de recursos financeiros, de logística e de pessoal, dentre outros, impôs, *desde sempre*, a generalização do recurso ao contrato, como bem anota Maria João Estorninho⁹⁵. Portanto, a contratualização da ação administrativa não é fenômeno recente e nem se restringe ao discurso neoliberal.

Nessa linha de raciocínio, a atuação dirigida ao alcance de resultados concretos demanda a ação célere e flexível, para o que a estrutura e o *modus operandi* da Administração Pública pouco ou nada contribuem – faz-se necessário recorrer ao *parceiro privado*, que, dotado dos recursos públicos destinados às tarefas que lhe são cometidas (ou apto a cobrar preços públicos pelos serviços prestados, como no caso das rodovias pedagiadas), possui maior capacidade de rápida adaptação às tão cambiantes circunstâncias da vida contemporânea. A forma contratual, neste ponto, permite ao Estado, delegatário dos serviços, estabelecer, de comum acordo com a parte contratada (*consensualmente*, portanto), metas e indicadores de desempenho, com os quais se poderá medir a efetiva qualidade dos serviços disponibilizados à população.

⁹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito, Poder e Estado: o Direito Administrativo em tempos de globalização*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 56.

⁹⁵ ESTORNINHO, Maria João. *Fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 42 e seguintes.

5.3. A solidariedade.

A solidariedade é um vetor da atuação do Estado social que, em regra, é colocado pela doutrina como aparentemente oposto à ideia de subsidiariedade⁹⁶, uma vez que este se basearia na ideia de liberdade dos mercados e preservação da propriedade privada, ao passo que aquele diria com o Estado Social propriamente dito. O que ora se pretende é proceder a uma tentativa de conciliá-los.

Compreende-se a solidariedade como decorrência da natureza social do homem, a conduzir o Estado no sentido da perseguição do *bem comum*, intrinsecamente relacionado com a dignidade humana e com o melhor desenvolvimento da personalidade⁹⁷. O conceito tem a ver com a justa repartição da riqueza dentro da sociedade, sob a forma de benefícios pecuniários ou serviços públicos, custeados por tributos, ou mediante a imposição de restrições ao direito de propriedade ou à liberdade da empresa, reconhecendo-se neles uma *função social*⁹⁸.

Ocorre que, historicamente, o Estado Social inchou, de tal forma que a sua atividade prestacional é crescente e, ainda assim, incapaz de atender às necessidades sociais, que crescem em velocidade ainda maior. O círculo é vicioso: aumentam as demandas; o Estado, precisando ampliar os benefícios para alcançar a todos os demandantes, eleva a carga tributária para o respectivo custeio; empregadores demitem funcionários, que, incapazes de prover o próprio sustento, postulam benefícios assistenciais e utilizam serviços públicos que antes não usava, preferindo buscar alternativas no mercado privado; e assim por diante. Não parece haver solução.

O raciocínio acima exposto é, evidentemente, uma simplificação, mas basta para convidar a uma reflexão: não terá o próprio Estado Social se tornado, em boa medida, causador das mazelas que ele próprio busca combater? A resposta parece afirmativa, considerando os exemplos de programas assistenciais de renda mínima que, conquanto tenham o louvável objetivo de retirar famílias da pobreza absoluta, não oferecem uma boa *porta de saída*, um mecanismo eficaz que permita ao beneficiário, em algum momento, deixar de fazer jus ao benefício – prova disso é, no caso brasileiro, a existência de duas gerações de uma mesma família recebendo o benefício do *Bolsa Família*⁹⁹. Outros exemplos podem ser cogitados, como as tentativas parlamentares de criação de muitos outros benefícios, como prestações pecuniárias

⁹⁶ Nesse sentido, v. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. 3. ed.. Madrid: Comares, 2004, p. 109 e seguintes.

⁹⁷ Cf. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. 3. ed.. Madrid: Comares, 2004, p. 117.

⁹⁸ Como se sabe, a função social da propriedade tem assento no art. 5º, XXIII, da Constituição Federal. A função social da empresa, por seu turno, não é expressamente prevista na Constituição de 1988, mas no art. 154 da Lei das Sociedades por Ações (Lei Federal nº 6.404/76). O Código Civil de 2002 trata da função social do contrato (art. 421).

⁹⁹ V. por exemplo, a matéria “Bolsa Família completa 10 anos e já chega à segunda geração”, publicada na página eletrônica do jornal *O Globo* em 05.05.2013. Disponível em <http://oglobo.globo.com/pais/bolsa-familia-completa-10-anos-ja-chega-segunda-geracao-8295415>. Consulta em 28.11.2013.

para tratamento de dependentes químicos, dentre outros¹⁰⁰.

Uma leitura possível do fenômeno apontará um vício de origem em boa parte das políticas assistenciais: a frágil identificação do universo de seus destinatários, como nos casos de fraudes no pagamento do seguro-desemprego. A partir do momento em que prestações estatais são fruídas por indivíduos que não necessitariam delas, em virtude de suas condições econômicas, a solidariedade converte-se em *privilegio*. É imperioso, portanto, destacar que *a solidariedade pressupõe a transferência de riqueza de quem tem mais do que precisa para quem tem menos* – qualquer coisa diferente disso quebra a ideia de igualdade material latente no próprio conceito de solidariedade.

Eis, então, o que se poderia chamar de um certo desserviço do Estado Social: a ampliação do Estado prestador de serviços, ao grau que chegou, terá introjetado na consciência geral a percepção de que o Estado é o principal – eventualmente, o único – responsável pela sobrevivência e pela dignidade dos indivíduos.

Quer-se afirmar aqui a existência de um elemento cultural que, ainda que não seja decisivo, não pode ser desprezado: a atribuição ao Estado da responsabilidade pelo atendimento de todas as necessidades sociais exclui, logicamente, a responsabilidade de cada indivíduo de, por sua dedicação e seu esforço, prover a si próprio os meios de sua subsistência. Obviamente, não se poderá furtar o Estado de assegurar prestações mínimas àqueles que não possuem condições de garantir a própria sobrevivência digna, mas as medidas assistenciais não podem ser desacompanhadas de incentivos estatais ao esforço pessoal do indivíduo e ao esforço coletivo dos agrupamentos sociais.

Portanto, cada pessoa e cada organismo da sociedade civil devem ser partícipes do projeto de emancipação, que não pode ser inteiramente confiado ao Estado, uma vez que já foi demonstrado, nas últimas décadas, a sua incapacidade de prover a totalidade das prestações necessárias ao atendimento das demandas sociais. É necessário *confiar também na própria sociedade*, recolhendo-se a lição de Pierre Rosanvallon, ao detectar ainda em 1987 a *crise do Estado-providência*, adiante sintetizada pela pena de Odete Medauar:

“Rosanvallon, por sua vez, propõe redefinição das fronteiras e relações entre Estado e sociedade; e dentre idéias que ventila sobre a pós social-democracia inclui a autonomização, isto é, a transferência a coletividades não públicas (associações, fundações, grupos diversos) de atribuições de serviço público; a autonomização só teria sentido se inscrita em triplíce movimento:

¹⁰⁰ Por exemplo, v. a matéria “‘Bolsa crack’ de R\$ 1.350 vai pagar internação de viciados do Estado de SP”, publicada no sítio eletrônico do jornal *O Estado de São Paulo* em 07.05.2013. Disponível em <http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,bolsa-crack-de-r-1350-vai-pagar-internacao-de-viciados-do-estado-de-sp,1029486,0.htm>. Consulta em 28.11.2013. Evidentemente, a matéria possui viés ideológico identificável já no seu título; a par disso, é demonstrativa da onda de instituição de benefícios assistenciais que hoje se verifica no Brasil.

redução da demanda do estado, re-inserção da solidariedade na sociedade e produção de maior visibilidade social; no tocante a esta última, o Estado continuaria a desempenhar o papel central de colocar em prática as inúmeras solidariedades, deixando aflorar o movimento da sociedade.”¹⁰¹

Destarte, a solidariedade a orientar o Estado Social de Direito deve ser *repen-sada*, para que sejam concebidas ferramentas de estímulo e capacitação dos indivíduos e da sociedade, de modo a que sejam diretamente envolvidos na repartição justa de riquezas e no desenvolvimento pessoal de cada um, diminuindo-se a dependência do Estado. Sob tal perspectiva, são válidos os instrumentos de incentivo à formação de poupança privada (via previdência complementar, por exemplo) e as atividades de fomento à economia.

6. Conclusões

A expansão do Estado Social de Direito inchou demasiadamente o setor público, aumentando as despesas públicas em escala exponencial e, conseqüentemente, a pressão fiscal sobre o contribuinte. No entanto, não foi capaz de oferecer, no Brasil ou mesmo em países mais desenvolvidos, serviços públicos eficientes e economicamente sustentáveis, porquanto prestados por funcionários públicos sem os incentivos próprios da competitividade que orienta a economia de mercado. Além disso, não são efetivamente orientados pela universalidade, antes influenciados por corporativismos e enalacrados em trâmites burocráticos que dificultam, quando não impedem, a sua expansão na mesma medida do crescimento da demanda.

É possível identificar, ainda, um desincentivo ao esforço e à organização social, criando-se uma “cultura de gratuidade” e de dependência do Estado. Especificamente no caso brasileiro, o fenômeno da judicialização das políticas públicas tem desestimulado o engajamento político dos cidadãos, que dispõem de mecanismos para a solução individualizada de suas necessidades mediante o ajuizamento de ações em face do Estado.

O colapso do Estado Social de Direito expõe a crise do dirigismo constitucional, revelando os limites da Constituição na conformação do elemento político. Passada mais de uma década das manifestações de J. J. Gomes Canotilho quanto à necessidade de revisão de sua tese, é o momento de superar o sentimento de orfandade teórica e de negação que assomou boa parte do pensamento jurídico brasileiro, para que se perceba que, de fato, a mudança é imperiosa. A Constituição dirigente de 1988, sem que se queira negar o avanço civilizatório que permitiu, tem, atualmente, gerado mais frustrações do que propriamente realizações de suas promessas.

¹⁰¹ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 114-115. A referência é ao já mencionado clássico ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-Providência*. Trad. Joel Pimentel de Ulhôa. Brasília: UnB/UFG, 1997, especialmente p. 83-104.

Sem que se negue a importância do papel do Estado no projeto emancipatório da Constituição, a direção dos (vários e plurais) projetos de bem comum da sociedade deve ser *descentralizada* para outros atores coletivos e organizações não estatais. É necessário confiar também nos indivíduos e na sociedade organizada para a satisfação de suas necessidades. Para tanto, o Estado deve passar do papel de intervencionista ao de supervisor.

Em vez de se *insistir* nas concepções originais do Estado Social de Direito e da Constituição dirigente, impõe-se a releitura de ambos. A presença estatal pode e deve ser reduzida “na ponta” dos serviços públicos, que devem ser delegados aos particulares quando não forem atividades tipicamente estatais ou, ainda, ser livres à iniciativa privada – o Estado deve encarregar-se de prestar os serviços desinteressantes ao mercado e aqueles indispensáveis à preservação do mínimo existencial.

Com isso, o Estado de Direito não deixa de ser *Social* – ao revés, conferindo-se às prestações sociais maiores agilidade e flexibilidade (com o uso de mecanismos próprios do direito privado), o Estado passa a concentrar-se mais no *resultado* da ação, com o que disporá de meios mais eficientes de atendimento das necessidades sociais.

De igual maneira, o dirigismo constitucional não se extingue, sobretudo no Brasil, onde os direitos sociais e as principais cláusulas de socialidade da Constituição se incluem nas cláusulas pétreas. Assim, os direitos e as finalidades públicas nelas previstas continuarão a orientar a ação estatal – direta ou indireta –, mas sujeitas à lógica da eficiência e da economicidade, porquanto mais atreladas aos fins e menos à forma.

Em suma, não se defende, em absoluto, o retorno ao Estado liberal clássico, mas uma reconfiguração do Estado Social de Direito. Para tanto, propõe-se que a interpretação da Constituição dirigente seja pautada, pelo menos, por três parâmetros:

1. a *subsidiariedade*, a autorizar a prestação social direta pelo Estado apenas no caso em que o indivíduo e a sociedade não forem capazes de prover suas próprias demandas;
2. o *consenso*, a reduzir a atuação estatal com o uso do poder de império, preferindo-se o uso de mecanismos contratuais; e
3. a *solidariedade*, particularmente na perspectiva da correta identificação dos indivíduos e segmentos sociais que efetivamente necessitam do amparo do Estado, para que a eles seja canalizada a ação estatal e, com isso, sejam eliminados os privilégios. Aqueles que não precisam do Estado para seu desenvolvimento pessoal devem ser estimulados a prover suas próprias necessidades, para que os recursos públicos sejam destinados à verdadeira redução das desigualdades.

7. Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. 3. ed.. Madrid: Comares, 2004.

ARRUDA, Samuel Miranda. *O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 1. ed.. 3. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Doze Anos da Constituição Brasileira de 1988. In *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, tomo I.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. *Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. In *Revista de Informação Legislativa* 142 – abril/junho: 35-52. Brasília: Senado Federal, 1999.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed.. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 12. edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed.. Coimbra: Almedina, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma Dogmática Constitucional Emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ESTORNINHO, Maria João. *Fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. Estado Social y Estado de Derecho. In ABRAMOVICH, Victor et al. (comp.). *Derechos sociales: Instrucciones de uso*. México: Fontamara, 2006.

FUX, Luiz. *Jurisdição constitucional: democracia e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GUERRA, Sérgio. *Agências Reguladoras: Da Organização Administrativa Piramidal à Governança em Rede*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JELLINEK, Georg. *Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi*. Milano: Società Editrice Libreria, 1912.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito, Poder e Estado: o Direito Administrativo em tempos de globalização*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: Legitimidade – Finalidade – Eficiência – Resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, Concessões e Terceiro Setor*. 2. ed. rev., ampl. e atual.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PISARELLO, Gerardo. El Estado Social como Estado Constitucional: Mejores Garantías, Más Democracia. In ABRAMOVICH, Victor et al. (comp.). *Derechos sociales: Instrucciones de uso*. México: Fontamara, 2006.

ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-Providência*. Trad. Joel Pimentel de Ulhôa. Brasília: UnB/UFG, 1997.

SARAIVA, Wellington Beckman. Causas e efeitos da Crise de 2008. In PORTO, Antônio José Maristrello; Gonçalves, Antônio Carlos Porto; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação financeira para advogados*. Rio de Janeiro: Elsevier/FGV, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2. ed. rev. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUNSTEIN, Cass R.. Why does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees? In *University of Chicago Public Law and Theory Working Paper no. 36*. Chicago: University of Chicago Law School, janeiro/2003. Disponível em <http://www.ssrn.com/abstract=375622>. Consulta em 05.11.2013.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.