

Estado social e democrático de direito e o neoconstitucionalismo

Shirlene Marques Velasco*

Resumo: O objetivo do presente texto é mostrar a relação entre o Estado social e democrático de direito com o neoconstitucionalismo. Enfatiza-se a diferença entre o Estado do bem estar social e o Estado social. Diante desta diferença como se apresenta a necessidade do ‘dever de ponderação proporcional como fator de legitimação do Estado social e democrático de direito’? Para tratar deste problema, desenvolver-se-á, inicialmente a formação do Estado social e democrático de direito. Em seguida, descreve-se sua relação com o neoconstitucionalismo e conclui-se apresentando a ponderação como elemento de mediação do modelo de Estado social e democrático de direito.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Estado social e democrático de direito. Dever de ponderação proporcional.

Abstract: The objective of this communication is to show the relationship between the Social and Democratic State of Law with neoconstitutionalism. It emphasizes the difference between Social welfare State and the Social State. Given this difference how does it present the necessity of ‘Proportional weighting of Duty as a factor in the legitimization of social and democratic state of law’? To address this problem, it will develop, initially, the formation of the Social and Democratic State of Law. And then describes its relationship with neoconstitutionalism and concludes by presenting the ponderer as part of the mediation of the Social State and legal democratic model.

Key words: Neoconstitutionalism. Social and Democratic State of Law. Proportional weighting of Duty.

Introdução

Com a preocupação em destacar e analisar alguns elementos de formação e de estruturação que caracterizam o Estado social e democrático de direito, pode-se levantar a problemática da urgência pelo “dever de ponderação proporcional como fator de legitimação do Estado social e democrático de direito”.¹

Faz-se, porém necessário dizer que o termo “dever de ponderação proporcional” advém de um processo de Constitucionalização do Direito Administrativo, em que,

* Mestranda PUCRS, e-mail: shirlenemarques@hotmail.com

¹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 103.

ponderação diz respeito a um método utilizado pelo sistema jurídico que parte “de critérios formais e materiais postos e pressupostos” pelo próprio sistema jurídico. “Ponderam-se, assim, bens, princípios, finalidades ou interesses, conforme os elementos que se encontrem em jogo numa dada situação”.²

A ponderação, portanto, implica em ponderar metas coletivas com interesses individuais, mesmo que estes sejam direitos individuais *não fundamentais*, daí advém de seu caráter possuir o fator de “legitimação geral do direito e do Estado”.³

Já o termo “ponderação proporcional” diz respeito à técnica da *ponderação* que é guiada pelo *postulado da proporcionalidade* utilizada para alcançar “uma solução otimizada que prestigie, igualmente, todos os direitos ou princípios constitucionais envolvidos”.⁴ Nota-se aqui a incidência da Constituição sobre “toda e qualquer limitação a direitos fundamentais” que deve, assim, ser “*justificada* à luz do postulado da *proporcionalidade*”.

Por isso, destacar-se-á da relação do Estado Social e democrático de direito com o neoconstitucionalismo alguns desdobramentos que serão abordados, contudo, faz-se necessário apresentar de antemão os *aspectos gerais de sua formação*, enfatizando a diferença entre Estado social e Estado do bem-estar social que demonstra a origem de sua característica jurídico-constitucional.

Com a apresentação de seus elementos estruturantes, é notória sua interdependência com a Constituição, pois tais elementos estruturantes dependem desta para serem institucionalizados no âmbito do Estado e ocupam posição central no âmbito constitucional demonstrando, assim, sua relação com o neoconstitucionalismo.

Desta relação com o neoconstitucionalismo evidencia-se a urgência do ‘dever de ponderação proporcional’ que vai caracterizar o Estado social e democrático de direito como Estado de ponderação.

I. Aspectos gerais de sua formação

Pelo fato do Estado social e democrático de direito ser composto pelos conceitos

² Idem, p. 123.

³ MARTINEZ, Vinicius C. *Estado do bem estar social ou Estado Social? Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 656, 24 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6623>>. Acesso em: 4 de maio. 2010, p. 123.

⁴ Idem, p. 119.

de Estado de direito, Estado social e democracia e por não se tratar de uma simples superposição destes conceitos, o enfoque a ser dado será sobre sua proposta inovadora e original,⁵ que resultou de um processo no decorrer da história política que agregou forte dimensão jurídico-constitucional caracterizando-o de forma singular.

Para tanto, vamos nos deter apenas aos aspectos gerais de sua formação destacando a diferença entre Estado do bem estar social (*welfare State*) e Estado social que irá caracterizá-lo com fundamentação e natureza jurídica. Este elemento próprio do Estado social e democrático de direito confere a possibilidade de se perguntar por seus fundamentos estruturantes que demonstram sua forte relação com o neoconstitucionalismo e que o caracteriza como Estado de ponderação.

I.1. Diferença entre Estado do bem-estar social e Estado social

É possível apresentar diversas diferenças entre Estado do bem-estar social e Estado social, tais como: Quanto ‘ao processo histórico da formação dos respectivos Estados’, quanto ‘a relação espaço-temporal (aspectos geográficos)’, quanto ‘ao cunho ideológico’ e quanto aos ‘objetivos ou teleologia’. Porém, o interesse aqui, é com a diferença que existe quanto à *base jurídica* e quanto à *fundamentação e natureza jurídica* em relação à formação dos respectivos Estados.⁶

Base jurídica: O Estado Social está assentado em três documentos históricos: Constituição Mexicana, de 1917; Constituição Alemã, de 1919; Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, advinda da Rússia revolucionária (socialista) e datada de 1917-1918. O Estado Social, desse modo, é um Estado que já nasceu pautado por pelo menos dois documentos históricos de cunho jurídico, ou seja, teve a garantia legal de duas Constituições (Mexicana e Alemã), além de uma Declaração de direitos proletários e socialistas. Portanto, um importante avanço do Estado Social foi ter conseguido *constitucionalizar* direitos sociais e trabalhistas. O Estado do Bem Estar Social não conheceu documentos propriamente jurídicos, mas sim um programa de recuperação econômica: o Plano Marshall.

Fundamentação e natureza jurídica: O Estado Social criou uma base, uma referência, um padrão jurídico a partir dessas Constituições e Declarações de Direitos na década de 1920 e que depois serviram de referência para inúmeros outros países. Uma natureza jurídica que nos permite até mesmo denominá-lo de *Estado de Direito Social*, tal foi sua demarcação jurídica

⁵ FERREIRA, Siddharta Legale. *Estado Social e Democrático de Direito*. Disponível em: http://www.cspb.org.br/docs_concursos2009/monografiasiddharta.pdf acesso em: 4 de maio de 2010.

⁶ As diferenças aqui elencadas foram tomadas de empréstimo de: MARTINEZ, Vinicius C. *Estado do bem estar social ou Estado Social? Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 656, 24 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6623>>. Acesso em: 4 de maio, 2010.

especializada nos direitos sociais (e que, por sua vez, englobam os direitos trabalhistas). O *Welfare State*, por sua vez, nunca formulou claramente a intenção de orientar a construção de uma nova ordem jurídica.⁷

O Estado social é denominado, por assim dizer, como sendo uma nova fase do chamado Estado constitucional. Tendo este em sua primeira fase ‘as primeiras requisições pelos direitos individuais (da Magna Carta, em 1215, ao *Bill Of Rights* ‘projeto de lei dos direitos’, de 1689)’; em sua segunda fase, com as revoluções Americana e Francesa, o Estado pôde conhecer uma nova estrutura jurídica diferenciada, tendo a preocupação de resguardar o próprio direito à revolução e com características constitucionais próprias (os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade); já em sua terceira fase, o Estado constitucional passa a se “pautar pelos direitos sociais e trabalhistas, mas agora como garantias irrenunciáveis do trabalhador. Por isso, o Estado Social pode ser tratado como a terceira fase do chamado Estado Constitucional”. Tem-se assim, até 1930, a somatória do Estado de direito clássico aos direitos sociais e trabalhistas⁸.

O Estado social demonstra assim, clara distinção das formas de Estado que o antecederam, especialmente no que diz respeito a sua preocupação “com os direitos sociais, econômicos e culturais relacionados à igualdade, à dignidade da pessoa humana e à cidadania”.⁹

II. Fundamentos estruturantes

A partir desta forte demarcação jurídica que nos permite denominar o Estado social de Estado Social de Direito, como acabamos de verificar, adicionou-se o elemento democrático ao Estado Social de Direito. Surgiu então o Estado social e democrático de direito. “Pode-se dizer que o Estado democrático é uma espécie de segunda fase do Estado Social, que adveio das principais constituições do período entre 1940 e 1950”.¹⁰ Assim, não se trata de simples superposição de conceitos, “visto que o Estado Social e o Estado Democrático devem ser agrupados”, de forma que sejam “tratados como um conjunto orgânico”, onde “alguns de seus atributos também serão

⁷ MARTINEZ, Vinicius C. *Estado do bem estar social ou Estado Social? Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 656, 24 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6623>>. Acesso em: 4 de maio. 2010.

⁸ Idem.

⁹ FERREIRA, Siddharta Legale. *Estado Social e Democrático de Direito*. Disponível em: http://www.cspb.org.br/docs_concursos2009/monografiasiddharta.pdf acesso em: 4 de maio de 2010.

¹⁰ MARTINEZ, Vinicius C., *op. cit.*, 2005.

comuns ou compartilhados”, a exemplo disso temos o princípio da dignidade da pessoa humana, que é basilar para o Estado Social e significa respeitar os direitos dos trabalhadores e *assistir* os pobres. Sendo também este, o primeiro princípio do Estado democrático, que o tomará de empréstimo do Estado social, para figurar dali em diante em todas as Constituições.¹¹

Chegamos assim, ao que podemos denominar “de um certo consenso na atualidade sobre o papel central das noções de direitos fundamentais e democracia como fundamentos de legitimidade e elementos constitutivos”¹² do Estado social e democrático de direito “e que irradiam sua influência por todas as suas instituições políticas e jurídicas”.¹³ Não podendo ser diferente sua incidência sobre a Administração Pública e sobre toda a configuração teórica do direito administrativo, como bem enfatiza Gustavo Binbenojm. Portanto, mediante a todo este processo de formação, como foi visto, tem-se como fundamentos estruturantes do Estado social e democrático de direito, os direitos fundamentais e a democracia.

Neste aspecto, ainda é possível destacar as contribuições teóricas na teoria democrática de Nancy Fraser, que busca a garantia da participação paritária na vida cotidiana e na vida pública, onde todos devem possuir direitos iguais a ter estima social com uma condição de oportunidades iguais¹⁴, tal teoria se apresenta como reflexo dos elementos de formação que caracterizam o Estado social e democrático de direito e que, definem, por assim dizer, ‘os direitos fundamentais do Estado social e democrático de direito’. Com os direitos chamados de segunda “geração” ou “dimensão” que “resultaram de reflexão antiliberal e inspirada na defesa da igualdade, típica do século XX. Além de abranger as necessidades humanas básicas, constituem condições para cooperação democrática”.¹⁵ Como também, no âmbito do constitucionalismo, podemos

¹¹ MARTINEZ, Vinicius C., *op. cit.*, 2005.

¹² BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 61.

¹³ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

¹⁴ FRASER, Nancy. *Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da Justiça na Era pós-socialista*, in J. Souza (org.) *Democracia Hoje: Novos Desafios para a Teoria Democrática Contemporânea*, Brasília, UnB, 2001.

¹⁵ FERREIRA, Siddharta Legale. *Estado Social e Democrático de Direito*. Disponível em: http://www.cspb.org.br/docs_concursos2009/monografiasiddharta.pdf acesso em: 4 de maio de 2010.

destacar as contribuições teóricas de Konrad Hesse e Peter Häberle, de Luís Roberto Barroso e Gustavo Binbenjimin, e de Ingo Sarlet.

III. Da relação com o *neoconstitucionalismo*

Segundo Binbenjimin, a “Constituição é o instrumento por meio do qual os sistemas democrático e de direitos fundamentais se institucionalizam no âmbito do Estado”.¹⁶ A força normativa da Constituição que se efetiva em contexto amplo de interdependência das realidades existentes: política e jurídica se fazem presente desta forma.¹⁷

Na definição de Binbenjimin, *constitucionalização do direito* ou *neoconstitucionalismo* é o processo por meio do qual os sistemas democrático e de direitos fundamentais “espraiam seus efeitos conformadores por toda a ordem jurídico-política, condicionando e influenciando os seus diversos institutos e estruturas”.¹⁸

Desta forma já podemos vislumbrar a relação do neoconstitucionalismo com o Estado social e democrático de direito que se dá com a institucionalização dos sistemas que são fundamentos estruturantes desta forma de Estado. Tal relação se apresenta, assim, como ponto fulcral do presente tema.

III.1. Da expansão das tarefas das Constituições contemporâneas

No passado, as constituições limitavam-se a tratar, geralmente de forma sintética, da estrutura básica do Estado e da consagração de direitos individuais e políticos. Já no constitucionalismo contemporâneo, que se edifica a partir do advento do Estado Social, e que tem como marcos iniciais as Constituições do México, de 1917, e de Weimar, de 1919, as leis fundamentais passam a imiscuir-se em novas áreas, não só instituindo direitos de caráter prestacional, que reclamam atuações positivas dos poderes públicos e não mais meras abstenções, como também disciplinando assuntos sobre os

¹⁶ BINENBOJIM, Gustavo., *op. cit.*, 2008, 61.

¹⁷ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. (Tradução de Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p.28.

quais elas antes silenciavam, como ordem econômica, relações familiares, cultura, etc. Neste contexto, as constituições deixam de ser vistas apenas como as leis básicas do Estado, circunscritas às temáticas do direito público, convertendo-se no estatuto fundamental do Estado e da sociedade.¹⁹

Vislumbra-se, portanto, neste patamar de vertente contemporânea, notória evolução tanto em nível conceitual como em relação às diversas mudanças de paradigmas no que se refere às relações sociais e ao papel assumido pelas Constituições. Com o pós-positivismo jurídico, rótulo assumido pela doutrina contemporânea, os princípios constitucionais têm força normativa. Com tal reconhecimento, pelo fato dos princípios constitucionais “promoverem a incorporação à ordem jurídica dos mais importantes valores humanitários”²⁰ e de proporcionarem ao ordenamento jurídico “a *ductibilidade* necessária para acomodação de novas demandas que surgem numa sociedade em permanente mudança”,²¹ tem-se, assim, a impossibilidade “do emprego de uma metodologia jurídica estritamente mecanicista, asséptica em relação aos valores, baseada exclusivamente na subsunção e no silogismo, reforçando a importância da argumentação e da racionalidade prática no domínio do Direito”.²²

A partir desta perspectiva, pode-se falar numa supremacia não apenas formal, mas também material da Constituição, relacionada ao fato de que os valores mais caros a uma comunidade política costumam ser exatamente aqueles acolhidos pela sua Lei Maior, e que, exatamente por isto, são postos ao abrigo das vontades das maiorias legislativas de ocasião. Estes valores, densificados através de princípios e regras constitucionais, devem, pela sua relevância não apenas jurídica, como também moral, irradiar-se por todo o ordenamento, fecundando-o com sua axiologia transformadora.²³

Com tamanha ênfase na supremacia da Constituição é imprescindível que se leve em consideração seu conteúdo, principalmente no que se refere às questões sobre a relação entre indivíduo e sociedade. Diante de “ancestral disputa no curso da história do pensamento político” há de se buscar na sistemática constitucional vigente, sua posição em relação aos interesses particulares como também, em relação aos interesses públicos. Tendo nos fundamentos estruturantes do Estado social e democrático de direito suas

¹⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, 2008, p. 61.

¹⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e Relações Privadas*, 2003, pp. 70-78.

²⁰ DWORKIN *apud* BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, 2008, p. 64.

²¹ BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, 2008, p. 64.

²² ALEXY *apud* BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, 2008, p. 64.

²³ BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, 2008, p. 65.

cláusulas pétreas, portanto, torna-se evidente o caminho a ser percorrido para uma posição que seja condizente com a Lei Maior. Da ancestral disputa entre interesse coletivo e particular surgiu um princípio jurídico, a partir de uma das teorias morais construídas no decorrer da história, que preconiza “a prevalência dos interesses gerais da coletividade sobre os interesses particulares de seus membros”.²⁴ Contudo, resta saber se o dito princípio jurídico é condizente com “a centralidade do sistema de direitos fundamentais instituídos pela Constituição e com a estrutura maleável dos princípios constitucionais”.²⁵

Nota-se, portanto, que o novo papel das Constituições alimenta a crise da ‘velha’ dicotomia direito público *versus* direito privado, na medida em que implica na submissão de todos os campos da ordem jurídica aos ditames e valores do documento magno.²⁶

IV. O Estado social e democrático de direito como Estado de ponderação

Segundo Gustavo Binbenbojm, com a emergência e expansão do constitucionalismo e a conseqüente constitucionalização do direito administrativo inviabiliza-se a subsistência de um princípio de supremacia do interesse público sobre os interesses particulares, oferecendo em seu lugar o dever de ponderação proporcional como fator de legitimação do Estado social e democrático de direito e princípio reitor da atividade administrativa.

Como o objetivo aqui, é apresentar a ponderação como elemento de mediação do modelo do referido Estado sendo a questão central do nosso tema apresentar a necessidade do ‘dever de ponderação proporcional como fator de legitimação do Estado social e democrático de direito’ tem-se a preocupação de enfatizar que,

(...) a ponderação encontra-se presente no discurso jurídico desde a matriz constitucional, estendendo-se pela etapa de concretização legislativa, chegando ao seu grau de maior concretude decisória nas atividades administrativa e judicial. A circunstância de o Estado democrático de direito contemplar juridicamente uma vasta miríade de

²⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 81.

²⁵ Idem, p. 104.

²⁶ PERLINGIERE, Pietro. *Perfis de Direito Civil*, 1999, p. 6;

bens, princípios, finalidades e interesses cria a necessidade de incontáveis juízos de ponderação, como forma de proporcionar uma *acomodação otimizada* entre eles, de acordo com as circunstâncias fáticas e normativas de determinada situação.²⁷

Daí afirmar-se que o Estado social e democrático de direito, em sua dinâmica de funcionamento, deve ser entendido como um Estado de ponderação. Seu funcionamento se dá de forma que considere “as circunstâncias fáticas e normativas de determinada situação” sendo, portanto, incompatível com qualquer proposta de funcionamento que priorize de forma *a priori* uma das dimensões (*interesse público ou interesse privado*) no que se refere às ações estatais. Contudo, isto implica diretamente na mudança de um dos paradigmas do Direito Administrativo, substitui-se o princípio da *supremacia do interesse público* pelo *dever de proporcionalidade*, como é proposto por Binjenbojm. Pelo fato disto estar diretamente relacionado a uma análise sobre a validade do ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o particular’, tal abordagem se faz necessária.

IV.1. Desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Com Humberto Bergmann Ávila, pioneiro neste trabalho, ficou demonstrado de “forma cabal o vazio conceitual” do referido princípio, onde este “não pode ser entendido como norma-princípio, seja sob o prisma conceitual, seja do ponto de vista normativo, nem tão pouco pode ser compreendido como um postulado normativo”.²⁸

No que se refere à incompatibilidade conceitual, ainda demonstra o autor, que o dito princípio, não encontra respaldo normativo por três razões. Aqui, porém, no presente texto, nos interessa salientar a terceira razão exposta pelo autor, a da incompatibilidade “com os preceitos normativos erigidos pela ordem constitucional”.²⁹

Partindo da sistemática constitucional vigente, conclui o autor com facilidade pela ausência de fundamento de validade do indigitado ‘princípio’. Isso porque a organização da Constituição brasileira volta-se precipuamente para a proteção dos interesses do indivíduo. Advinda dos argutos anseios pelo retorno à ordem democrática, outrora corrompida pela hipertrofia do Poder Executivo nos governos militares, a Carta de 1988 é farta de normas e princípios ilustrativos de

²⁷ BINENBOJM, Gustavo, *op. cit.*, p. 109.

²⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 94-95.

²⁹ Idem.

seu espírito cidadão (v. g., preâmbulo, arts. 1º, 3º a 17, 145, 150, 170, 196, 201, 203, 205, 206, 220, 226, 227).

Vale dizer: a Lei Maior é orientada sob o influxo do *princípio da dignidade da pessoa humana*, do que deflui a necessidade de estabelecer-se proteção ao interesse do indivíduo quando ameaçado frente aos interesses gerais da coletividade promovidos pelo Estado. Em uma de suas dimensões – talvez a mais importante – o princípio da dignidade da pessoa humana, proclamado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil pelo art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, significa que a pessoa humana é o fim, sendo o Estado não mais que um instrumento para a garantia e promoção de seus direitos fundamentais. Assim, somente onde a própria Constituição abre uma senda (de forma expressa ou implícita na lógica de seu sistema) é que se pode cogitar, por via de ponderações proporcionais, de matizar os direitos fundamentais com interesses coletivos.³⁰

Verifica-se, portanto a impossibilidade de se extrair o referido ‘princípio’ de uma análise dos ditames do conjunto normativo constitucional como acima citado. Não é possível, neste sentido, admitir qualquer posição *apriorística* no que se refere “a relação de prevalência entre interesses coletivos e individuais”. A Constituição possui “caráter aberto, pluralista e compromissório” que invalida qualquer posicionamento neste sentido. É importante ressaltar que,

A posição central conferida ao sistema de direitos fundamentais e ao princípio democrático não significou a adoção de uma teoria meramente *individualista* pelo constituinte. Assim, v. g., a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais é matizada por sua dimensão objetiva; a cada previsão de direito costuma corresponder, no texto constitucional, a previsão explícita ou implícita, de relativização do seu conteúdo pela lei ou pela Administração, em prol de outros direitos ou interesses gerais da coletividade. Portanto, não se há falar em qualquer princípio ou postulado que afirme a primazia *a priori* de uma ordem de interesses sobre outra, qualquer que seja o seu sentido (coletivista ou individualista).³¹

O conteúdo constitucional descrito acima, também serve para “rejeitar a colisão entre interesses públicos e privados, pressuposta pelo ‘princípio’ em questão”.³² Assim, Ávila faz uma importante abordagem do que o autor chama de “indissociabilidade” que merece destaque por caracterizar os interesses privados, reconhecidos pela Constituição

³⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 96.

³¹ Idem, p. 86.

como direitos fundamentais. Segundo Ávila, os interesses privados desta maneira caracterizados “quando em confronto com interesses públicos não constitui desvio de finalidade para a Administração, pois a promoção daqueles também constitui um fim público”. Com a proteção tal interesse privado, que é consagrado pela Constituição, pode representar, da mesma forma, a realização de um interesse público. “Ao contrário do que se costuma apregoar, a satisfação de um pode representar, igualmente, a promoção do outro”.³³

Ademais, é importante ressaltar que o Estado social e democrático de direito possui em seus fundamentos estruturantes, os sistemas de direitos fundamentais e democráticos que se encontram de tal forma instituídos na Constituição onde, “interesse privado e o interesse público” se apresentam de tal forma “que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins”. Assim, pontua Humberto Ávila que “Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado (*p. ex.* preâmbulo e direitos fundamentais)”.³⁴

Portanto, a partir do que a presente pesquisa tem verificado principalmente no que se refere à relação do Estado social e democrático de direito com o *neoconstitucionalismo* torna-se imprescindível tais considerações, que demonstram de forma notória a necessidade urgente de ponderação entre interesses coletivos e individuais, já que ambos se apresentam protegidos constitucionalmente. Nesta esteira ainda argumenta Humberto Ávila, que o referido princípio é incompatível com os postulados normativos da proporcionalidade e da concordância prática visto que,

Tal postulado orienta a interpretação e aplicação de normas no sentido de acomodar os bens jurídicos em jogo, sem que exclua totalmente um em prol da subsistência do outro. Ou seja, dentre as opções disponíveis, todas serão otimizadas em algum nível. Este é o dever de ponderação, ao qual se liga o postulado da proporcionalidade.³⁵

Aqui podemos observar a aplicação do dever de ponderação ligado ao postulado da proporcionalidade e dar destaque para o significado de “postulado” que é definido por Ávila a partir do sentido *kantiano*, significando “condição de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico”.

³² Idem.

³³ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 97.

³⁴ Idem, p. 97.

³⁵ Idem.

Com efeito, nota-se que não há como conciliar no ordenamento jurídico um “princípio” que, ignorando as nuances do caso concreto, preestabeleça que a melhor solução consubstancia-se na vitória do interesse público. O “princípio” em si afasta o processo de ponderação, fechando as portas para os interesses privados envolvidos. Dê-se destaque, outrossim, ao fato de a fórmula preconcebida presente no “princípio” ir de encontro ao dever de fundamentação (“dever de explicitação das premissas”) a que se sujeitam os Poderes do Estado.³⁶

E assim, ainda argumenta o autor sobre a incompatibilidade do referido ‘princípio’ com o dever de ponderação proporcional que demonstra verdadeiro descaso com “as circunstâncias fáticas e normativas de determinada situação”,

Fato é que o “princípio” em questão, ao negligenciar as especificidades de cada caso, impondo uma única e invariável relação de prevalência do interesse público, termina por distanciar-se do princípio da proporcionalidade, mormente no que tange às suas acepções – adequação (o meio escolhido deve ser apto a atingir o fim a que se destina), necessidade (dentre os meios hábeis, a opção deve incidir sobre o menos gravoso em relação aos bens envolvidos) e proporcionalidade em sentido estrito (a escolha deve trazer maiores benefícios do que a restrição proporcionada) –, nas quais sobressalta a relevância da análise casuística pelo aplicador e interprete da norma.³⁷

Para concluir sobre a incompatibilidade do referido “princípio” com o postulado da proporcionalidade demonstrando seu “esvaziamento como fundamento de validade para qualquer intervenção estatal, que, pelo princípio da legalidade, pressupõe previsão normativa”,³⁸ Gustavo Binenbojm, cita mais uma vez o jurista gaúcho que neste sentido assevera com precisão:

Em vez de um princípio de preferência deve ser atribuída a importância, então, às prescrições constitucionais e legais, já que elas – e não, portanto, o citado ‘princípio’ – é que são juridicamente decisivas. (...) Uma norma de preferência só pode ser uma norma individual e concreta, algo bem diverso de uma tendência abstrata.³⁹

Segue-se daí, no que concerne à impossibilidade de tal ‘princípio’, a argumentação de Binenbojm ressaltando que de forma alguma se nega “a importância de um *conceito de interesse público* (como resultado de juízos ponderativos, e não como um pressuposto abstrato e *apriorístico*), mas tão somente a existência de um

³⁶ ³⁶BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 98.

³⁷ Idem.

³⁸ Idem, p. 98.

*princípio da supremacia do interesse público.*⁴⁰ Aqui ainda se faz importante destacar e dar continuidade a argumentação do autor já que assim se demonstra o ‘dever de ponderação proporcional como fator de legitimação do Estado social e democrático de direito’.

Explica-se: se o interesse público, por ser um conceito jurídico indeterminado, só é aferível após juízos de ponderação entre direitos individuais e metas ou interesses coletivos, feitos à luz de circunstâncias normativas e fáticas do caso concreto, qual o sentido em falar num princípio jurídico que apenas afirme que, no final, ao cabo do processo ponderativo, será obtida uma solução (isto é, o interesse público concreto) que sempre prevalecerá? Em outras palavras: qualquer que seja o conteúdo desse “interesse público” obtido em concreto, ele sempre prevalecerá. Ora, isso não é um princípio jurídico. Um princípio que se presta a afirmar *o que há de prevalecer sempre prevalecerá* não é um princípio, mas uma tautologia. Daí propor-se que é o postulado da proporcionalidade que, na verdade, explica como se define o que é o interesse público, em cada caso. O problema teórico verdadeiro, para o direito administrativo, não é a prevalência, mas o conteúdo do que deve prevalecer.⁴¹

E ainda argumenta o autor apresentando uma das malsinadas resultantes que se fundamentou no referido ‘princípio’:

Note-se que esta distinção não tem importância simplesmente teórica. É que, em grande medida, o uso arbitrário do dito princípio da supremacia do interesse público ocorreu sob o manto dessa fluidez conceitual. Como o interesse público é um conceito vago, o Poder Público sempre desfrutou de ampla margem de liberdade na sua concretização; a partir do momento em que concretizado, tal conteúdo passava a gozar de supremacia sobre os interesses particulares; assim, o voluntarismo dos governantes adquiria supremacia sobre os direitos individuais. Neste sentido, o exemplo histórico da justificação da malsinada *doutrina da segurança nacional* a partir do princípio da supremacia do interesse público é eloqüente e irresponsável. Um princípio que tudo legitima não se presta a legitimar absolutamente nada.⁴²

Para um Estado aos moldes de como se apresenta o Estado social e democrático de direito, que possui uma formação jurídico-constitucional, fica evidente a impossibilidade de se insistir na existência de tal ‘princípio’. Esta argumentação a favor

³⁹ Idem, p. 99.

⁴⁰ Idem, p. 102.

⁴¹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 102.

⁴² Idem.

da desconstrução do princípio da supremacia do interesse público se faz necessária tanto para desmistificar uma posição em defesa do dito ‘princípio’ como para demonstrar a base onde se encontra ancorada a necessidade do ‘dever de ponderação proporcional como fator de legitimação do Estado social e democrático de direito’ que o caracteriza como Estado de ponderação. Em um Estado de ponderação, as decisões tomadas requerem um processo de tramitações ponderativas e proporcionais com aquela dada situação, evidentemente que sob a incidência da força normativa da Constituição.

Considerações finais

Como se pôde observar, o Estado social e democrático de direito se mostra como resultado de um desdobramento que possui um germe marcadamente jurídico-constitucional, não podendo, portanto ser desprezada esta característica em uma abordagem político filosófica que marcadamente trata da filosofia constitucional. Apesar de ser de necessidade urgente a proposta de Gustavo Binbenjumin no que se refere à mudança de paradigma: da *supremacia do interesse público* ao *dever de proporcionalidade*, e que reflete no ‘dever de ponderação proporcional como fator de legitimação do Estado social e democrático de direito’ e que o caracteriza como Estado de ponderação, não foi possível adentrar e assim dar o desenvolvimento devido à sua proposta de mudança para este paradigma do Direito Administrativo. Contudo, é possível apresentar uma justificativa para tal procedimento, já que a proposta aqui é apenas demonstrar a necessidade do ‘dever de ponderação proporcional como fator de legitimação do Estado social e democrático de direito’ a partir de sua relação com o *neoconstitucionalismo*. Por isso, o presente texto se deteve apenas mostrar, como se puderam verificar nos dados apresentados, a origem da proposta inovadora de Binbenjumin que possui caráter de ‘necessidade urgente’, tendo como objetivo maior enfatizar a relação do Estado social e democrático de direito com o *neoconstitucionalismo* que se mostrou como marco fundamental para o respectivo desenvolvimento. Portanto, apresentou os aspectos gerais da formação do Estado social e democrático de direito, seus fundamentos estruturantes, sua relação com o neoconstitucionalismo e a necessidade do ‘dever de ponderação proporcional como

fator de legitimação do Estado social e democrático de direito, fazendo jus a proposta filosófica do mesmo.

Referências bibliográficas

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FERREIRA, Siddharta Legale. *Estado Social e Democrático de Direito*. Disponível em: http://www.cspb.org.br/docs_concursos2009/monografiasiddharta.pdf acesso em: 4 de maio de 2010.

FRASER, Nancy. *Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da Justiça na Era pós-socialista*, in J. Souza (org.) *Democracia Hoje: Novos Desafios para a Teoria Democrática Contemporânea*, Brasília, UnB, 2001.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. (Tradução de Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

MARTINEZ, Vinicius C. Estado do bem estar social ou Estado Social? Jus Navigandi, Disponível em: <http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6623> acesso em: 4 de maio. 2010.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e Relações Privadas*, 2003.

Artigo recebido em julho de 2010
Artigo aceito para publicação em outubro de 2010