

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

Paulo Henrique Ribas

**O Papel do Estado na Concretização dos Direitos
Fundamentais Sociais mediante a Prestação de
Serviços Públicos**

Dissertação de Mestrado

Centro de Ciências Jurídicas e Sociais
Programa de Pós-Graduação em Direito

Curitiba, Junho de 2007.

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

Paulo Henrique Ribas

**O Papel do Estado na Concretização dos Direitos
Fundamentais Sociais mediante a Prestação de
Serviços Públicos**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Romeu Felipe Bacellar Filho

Curitiba
Junho de 2007

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

Paulo Henrique Ribas

**O Papel do Estado na Concretização dos Direitos
Fundamentais Sociais mediante a Prestação de
Serviços Públicos**

Dissertação apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-
Graduação em Direito da PUCPR. Aprovada pela
Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho
Orientador
Centro de Ciências Jurídicas e Sociais – PUCPR

Prof. Luiz Alberto Blanchet
Membro
Centro de Ciências Jurídicas e Sociais – PUCPR

Prof^a. Angela Cassia Costaldello
Convidada
UFPR

Prof^a. Cláudia Maria Barbosa
Suplente
Centro de Ciências Jurídicas e Sociais – PUCPR

Curitiba, de Julho de 2007

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Paulo Henrique Ribas

Formado em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná, em 2004. Bolsista CAPES junto ao Programa de Mestrado em Direito Econômico e Social da PUCPR.

Ficha Catalográfica

Ribas, Paulo Henrique

O papel do Estado na concretização dos direitos fundamentais sociais mediante a prestação de serviços públicos / Paulo Henrique Ribas; orientador: Romeu Felipe Bacellar Filho. – 2007.

R. 482p. 2007.

172 f; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007.

Inclui bibliografia.

1. Estado. 2. Direitos Fundamentais. 3. Direitos Sociais. 4. Serviço Público. I. Bacellar Filho, Romeu Felipe. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. O papel do Estado na concretização dos direitos fundamentais sociais mediante a prestação de serviços públicos.

Dóris 4. ed. 342.1152

341.27

341.22

Aos meus pais, responsáveis por este momento, pelo imprescindível apoio.

Agradecimentos

Enfim, mais uma etapa concluída!

Não posso deixar de agradecer àqueles que certamente contribuíram, direta ou indiretamente, com o meu desenvolvimento pessoal e acadêmico.

Aos meus pais, Celia Regina e Leônidas Marcondes Ribas, símbolos de amor, dedicação e honestidade, por possibilitarem o que sou. Muito obrigado!

Aos meus familiares, em particular, aos meus avós Tecla e João, aos meus irmãos Leandro, Fernando e Danielle e aos meus sobrinhos Gabriela, Anna Luisa e Neto, pela sincera torcida.

Ao meu orientador, Professor Doutor Romeu Felipe Bacellar Filho, exemplo a ser seguido, pela amizade, pela confiança e pelos valiosos ensinamentos a mim conferidos.

Ao Professor Doutor Luiz Alberto Blanchet, pelas lições proferidas desde minha graduação e pelos indispensáveis apontamentos a este trabalho.

À CAPES e à PUCPR, pelos auxílios concedidos.

Aos professores, amigos e colegas que, de alguma maneira, ajudaram em minha formação.

À Eva e à Isabel, competentes funcionárias do PPGD, pelo período compartilhado.

Por fim, e especialmente, com imenso amor, à Daiana Trybus, pelos finais de semana roubados, pela incansável ajuda, pelo conforto nas piores ocasiões e pela presença nos melhores momentos.

Resumo

Ribas, Paulo Henrique; **O Papel do Estado na Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais mediante a Prestação de Serviços Públicos**. Curitiba, 2007, 172 p. Dissertação de Mestrado - Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

O Papel do Estado na Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais mediante a Prestação de Serviços Públicos. Os direitos fundamentais representam reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça ou por agressões a valores essenciais à pessoa humana e, portanto, carecedores de proteção e implementação estatal. A consagração da dignidade da pessoa humana, notadamente com o desenvolvimento da concepção de um Estado Social e Democrático de Direito, constitui verdadeiro pressuposto de legitimidade da atuação estatal e afirma os direitos fundamentais não somente em sua função limitativa do poder (direitos negativos), mas também como necessidade de prestações sociais (direitos positivos). Dentro dessa lógica, o cumprimento dos direitos fundamentais apresenta-se como imperativo ao administrador público e como núcleo do Direito Administrativo; até porque a efetivação, principalmente dos direitos sociais, depende, muitas vezes, da atividade administrativa. Com o presente estudo, busca-se demonstrar o papel do Estado na concretização de direitos fundamentais sociais mediante a prestação de serviços públicos, os quais se configuram como instrumentos destinados ao oferecimento de prestações materiais e imprescindíveis à consolidação da dignidade humana, operando, inclusive, como condição ao exercício dos demais direitos. Sem desconsiderar os diversos obstáculos presentes à aplicabilidade dos direitos prestacionais, analisar-se-á a Constituição não apenas como documento composto por metas a serem alcançadas progressivamente; e sim, enquanto conjunto normativo que possui, na medida do possível e do razoável, aplicabilidade imediata, devendo, por conseguinte, todos os Poderes da República se comprometer à realização desses direitos.

Palavras Chaves

1. Estado; 2. Direitos Fundamentais; 3. Direitos Sociais; 4. Serviço Público.

Abstract

Ribas, Paulo Henrique; **The State's Function in the Achievement of the Social Fundamental Rights by Performing Public Services.** Curitiba, 2007, 172 p. Master's Dissertation – Center of Legal and Social Sciences, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

The State's Function in the Achievement of the Social Fundamental Rights by Performing Public Services. The fundamental rights represent concrete demands, created by circumstances of injustice or by aggressions to essential values to the human person and, therefore, lacking of state's protection and implementation. The consecration of human person's dignity, particularly with the development of the Social and Democratic State of Rights conception, constitutes true condition of legitimacy of the state's performance and affirms the fundamental rights not only in their power's limiting function (negative rights), but also as social installment's necessity (positive rights). Based in this logic, the fulfillment of the fundamental rights presents itself as imperative to public administrator and as Administrative Law basis; even because the realization, especially of the social rights, depends, many times, of the administrative activity. The present study intends to demonstrate the state's function in the achievement of the social fundamental rights by performing public services, that configure themselves as instruments designed to offer material and vital installments to the human dignity materialization, functioning, even, as condition to the other rights exercise. Without disrespecting the various obstacles attached to social rights applicability, it'll be analyzed the Constitution not only as a document formed by goals to be reached progressively; but also as normative set with immediate application, in the limit of possible and reasonable, forcing, therefore, all of the Republic Commands to compromise themselves to these rights realization.

Key Words

1. State; 2. Fundamental Rights; 3. Social Rights; 4. Public Services.

Sumário

1. Introdução.....	13
2. A Importância do Estado na Afirmação dos Direitos Fundamentais....	16
2.1. Noções Gerais de Direitos Fundamentais: Vinculação à Dignidade Humana.....	17
2.2. Origem do Estado.....	20
2.3. Do Estado Antigo ao Estado Moderno e o Reconhecimento de Direitos Essenciais ao Homem.....	22
2.4. O Estado Contemporâneo e a Constitucionalização dos Direitos Fundamentais.....	27
2.4.1. O Estado Liberal e a Primeira Dimensão dos Direitos Fundamentais.....	29
2.4.2. O Estado Social e a Segunda Dimensão dos Direitos Fundamentais.....	31
2.4.3. O Estado Democrático de Direito e a Terceira Dimensão dos Direitos Fundamentais.....	38
2.5. O Estado Regulador e os Direitos Fundamentais.....	42
2.6. A Permanente Evolução dos Direitos Fundamentais.....	46
3. A Proteção Jurídica dos Direitos Fundamentais.....	50
3.1. Direitos Fundamentais e Direitos Humanos.....	51
3.2. A Proteção dos Direitos Fundamentais no Âmbito Internacional.....	52
3.2.1. O Desrespeito aos Direitos Fundamentais: o Processo de Internacionalização.....	52
3.2.2. A Sistemática Global de Proteção Internacional dos Direitos Humanos.....	54
3.2.2.1. A Declaração Universal dos Direitos Humanos.....	55
3.2.2.2. O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.....	58

3.2.3. O Sistema Regional Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.....	61
3.2.3.1. A Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Adicional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.....	63
3.3. A Proteção Jurídica dos Direitos Fundamentais no Âmbito Interno.....	65
3.3.1. A Constituição da República de 1.988 e a Reconstrução dos Direitos Fundamentais no Brasil.....	65
3.3.2. A Proteção dos Direitos Fundamentais Sociais.....	70
3.4. O Impacto dos Tratados de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	74
4. A Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais.....	80
4.1. A Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais.....	81
4.2. Restrições aos Direitos Fundamentais.....	85
4.3. O Princípio da Vedação do Retrocesso e os Direitos Fundamentais Sociais.....	92
4.4. A Reserva do Possível, o Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais.....	94
4.4.1. O Conteúdo do Mínimo Existencial.....	98
4.5. Direito Subjetivo às Prestações Sociais.....	100
4.6. Os Direitos Fundamentais em Situações Emergenciais.....	106
5. A Vinculação do Estado à Consecução dos Direitos Fundamentais e a Relevância do Serviço Público.....	112
5.1. A Constitucionalização do Direito.....	114
5.2. A Vinculação dos Poderes Públicos às Normas Definidoras de Direitos Fundamentais.....	115
5.3. O Direito Administrativo e sua Vinculação aos Direitos Fundamentais.....	119
5.4. A Satisfação dos Direitos Fundamentais como Imperativo à Atuação do Administrador Público.....	123

5.5. O Serviço Público como Instrumento de Concretização dos Direitos Fundamentais.....	125
5.5.1. A Importância Histórica do Serviço Público.....	125
5.5.2. A Caracterização de Serviço Público.....	127
5.5.2.1. O Critério Material.....	135
5.5.2.2. O Critério Subjetivo.....	136
5.5.2.3. O Critério Formal.....	138
5.5.2.4. A Aplicação dos Três Critérios.....	143
5.5.3. A Importância do Serviço Público na Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais.....	143
6. Conclusão.....	147
7. Referências Bibliográficas.....	154

“Política sem princípios, comércio sem moral, riqueza sem trabalho, ciência sem humanidade, educação sem caráter, religião sem sacrifício, prazer sem consciência; são os sete pecados que estão na base de todo o mal social.”

Mahatma Gandhi

1.

Introdução

No decorrer dos séculos XIX e XX, o Estado percorreu uma trajetória oscilante. No início detinha poderes absolutos, concentrados nas mãos do monarca, sendo de alçada deste decidir sobre todos os assuntos. Com o andar dos tempos, adotou uma política liberal, reservando-se para, sob o manto dos princípios da legalidade e da separação dos poderes, interferir o quanto menos possível nas relações privadas. Após o primeiro quarto do século XX, tornou-se Social e assumiu o importante papel de responsável primário pela redução das desigualdades. Finalmente, sem abandonar as conquistas anteriores, chegou ao novo milênio concentrando suas atividades na regulação, não mais intervindo diretamente na prestação de determinadas atividades, mas indiretamente, via normativa, no mercado.

De todo modo, o Estado sempre ostentou significativa relevância no que tange à implementação dos direitos fundamentais. Estes constituem direitos históricos, resultado de reivindicações sociais concretas aferidas em determinada época em prol da existência digna do ser humano, e, conseqüentemente, carecedores de proteção estatal. A tutela dos direitos e garantias fundamentais constitui alicerce do Estado Contemporâneo, devendo sempre ser considerada quando do exercício das funções estatais.

Dentro desse contexto, a realização dos direitos fundamentais configura-se, de um lado, como imperativo ao administrador público e, de outro, como núcleo do Direito Administrativo. A concretização, mormente dos direitos de cunho prestacional, depende, muitas vezes, da atividade administrativa, a qual por meio de serviços públicos disponibiliza prestações básicas aos indivíduos.

Amparado nos valores e normas previstos na atual Constituição da República Brasileira e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, pretende-se, com o presente estudo, ressaltar a importância dos serviços públicos para a consolidação do Estado Social e Democrático de Direito, afastando-se, por conseguinte, a noção, difundida por muitos juristas, de que o serviço público não mais denota relevante função no Estado atual.

Para tanto, o trabalho encontra-se dividido em quatro capítulos.

No primeiro, de forma a comprovar a estreita conexão entre os direitos da pessoa humana e a atuação estatal, far-se-á uma breve menção à origem do Estado e à evolução dos direitos fundamentais. Será evidenciado que a história desses direitos é também a história que desemboca no surgimento do Estado Constitucional, cuja legitimidade reside justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana.

Demonstrar-se-á que a evolução dos direitos fundamentais resulta dos clamores sociais para a tutela de novos direitos considerados indispensáveis ao ser humano, razão pela qual, dependendo das mudanças que ocorrerem na sociedade, poderá haver o reconhecimento de novos direitos ou ser atribuída uma nova feição aos já reconhecidos. Ademais, será acolhida a idéia de que os direitos do homem apresentam-se essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação, o que, por conseqüência, determina a respectiva expansão, acumulação e fortalecimento quando de novas conquistas.

O capítulo seguinte dedicar-se-á à proteção dos direitos fundamentais. Afinal, em que pese se tenha ampliado o rol de direitos indispensáveis reconhecidos ao ser humano, constantes foram suas violações, mesmo por parte do Estado. Os abusos cometidos aos direitos fundamentais, consoante será abordado, aclamam a necessidade de uma ação mais efetiva e de uma proteção não mais limitada à competência interna dos Estados, motivo pelo qual emerge um complexo sistema internacional de proteção, tanto no âmbito global, quanto regional americano, abarcando direitos das diversas dimensões.

Será constatado, igualmente, que a Constituição da República Federativa do Brasil, aspirando transformar o regime autoritário até então vigente em um regime democrático, como se depreende de diversos de seus artigos, confere singular acuidade aos direitos fundamentais, inclusive aos de caráter social. Os direitos fundamentais sociais, decorrentes expressamente da Constituição, do regime e dos princípios por ela adotados, ou de acordos internacionais ratificados pelo País, possuem *status* de norma constitucional e aplicabilidade imediata por parte do Poder Público.

A seguir, em capítulo específico, estudar-se-á que o sistema dos direitos fundamentais consagrado na Constituição de 1.988 não distingue direitos individuais de coletivos; civis e políticos de econômicos, sociais, culturais ou ambientais; todavia, a efetivação dos direitos sociais possui limites de cunho econômico e político, o que, conforme se esclarecerá, não justifica sua ausência de materialização.

Conquanto a preocupação assinalada no ordenamento jurídico nacional, será consignado que os direitos fundamentais de segunda dimensão não são absolutos, nem ilimitados, o que redundará na relativização de sua aplicação, desde que verificada a necessidade de proteger outros valores constitucionais ou ainda a realidade orçamentária do Estado. De qualquer maneira, tem-se como regra a máxima aplicabilidade dos direitos fundamentais, e, no tocante ao cumprimento dos direitos sociais, aprofundar-se-á a pesquisa a respeito da vedação do retrocesso, da reserva do possível e do mínimo existencial.

No último capítulo, aduzir-se-á a necessidade de vinculação do Estado e, por subsequente, de todos os seus Poderes, às normas constitucionais, notadamente às normas consagradoras de direitos e garantias fundamentais. Será dedicada especial atenção à vinculação do Poder Executivo, demonstrando-se que, em toda sua atividade funcional, o administrador público está condicionado à realização dos direitos do ser humano.

Diante dessa lógica, o serviço público revela-se como instrumento estatal por excelência destinado à implementação dos direitos fundamentais, principalmente daqueles de caráter prestacional, os quais prescindem de uma ação positiva do Estado.

2.

A Importância do Estado na Afirmação dos Direitos Fundamentais

A análise dos direitos fundamentais em conjunto com o Estado é de essencial relevância visto que a história dos direitos fundamentais “é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem”.¹

Ademais, ao tratar da evolução dos modelos de Estado e da ampliação do rol de direitos fundamentais, observa-se que ambas foram impulsionadas por movimentos sociais.² A Revolução Francesa (1.789), propugnando por liberdade, originou o Estado Liberal e a primeira dimensão dos direitos fundamentais. A Revolução Russa (1.917), almejando melhorias à sociedade trabalhadora, com fulcro no princípio da igualdade, inspirou o Estado Social e a segunda dimensão dos direitos fundamentais. E, nas últimas décadas, as reivindicações sociais

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 39.

² Adverte-se que o histórico aqui explanado foca-se no Estado constitucional de matriz européia e americana. Para um aprofundamento no estudo relativo à origem, formação e evolução do Estado, conferir BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995; BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993; DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003; MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005; STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. Quanto à origem e à evolução dos direitos fundamentais, conferir ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003; COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003; MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: Comentários aos Artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, Doutrina e Jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

embasadas na fraternidade (ambiência planetária) influenciaram o Estado Democrático de Direito e a terceira dimensão dos direitos fundamentais.³

Busca-se, neste capítulo, demonstrar a imprescindível vinculação entre Estado e direitos fundamentais, evidenciando a atuação estatal direcionada, em especial, às pessoas menos favorecidas no intuito de lhes propiciar direitos básicos. Tal atuação tem por finalidade a realização da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental do Estado brasileiro, conforme se denota no inciso III, do artigo 1º, da Constituição da República de 1.988.

2.1.

Noções Gerais de Direitos Fundamentais: Vinculação à Dignidade Humana

O processo de construção dos direitos fundamentais envolve ampliação no rol de direitos conquistados, o que dificulta a definição de um conceito sintético e preciso desses direitos, dependendo do momento e da sociedade a que se refere.⁴ Fernando Barcellos de Almeida destaca que o problema na elaboração de um conceito unitário também se deve pela diferença de valores entre as culturas oriental e ocidental, bem como pelo alto grau de subjetividade do jurista que se dispõe a conceituá-los, impregnando o objeto de estudo com suas ideologias.⁵

Essa dificuldade ainda aumenta devido às variadas expressões utilizadas para sua designação, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas, direitos humanos fundamentais e direitos fundamentais do homem. Salienta-se que a própria Constituição da República caracteriza-se por uma diversidade semântica, utilizando os seguintes vocábulos: direitos humanos (artigo 4º, inciso II), direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II e artigo 5º, §1º), direitos e liberdades constitucionais (artigo 5º, inciso LXXI), direitos fundamentais da pessoa humana

³ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 15-23.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 179.

⁵ ALMEIDA, Fernando Barcellos de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 19.

(artigo 17) e direitos e garantias individuais (artigo 60, §4º, inciso IV). Parte dos juristas utilizam-nos como sinônimos, enquanto outros lecionam no sentido de cada qual possuir significado diverso.⁶

Adota-se, preferencialmente, ao longo desta abordagem, o termo “direitos fundamentais” posto aclamar, no âmbito do direito positivo, as prerrogativas e instituições essenciais para uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

Diversas são as teses desenvolvidas no intuito de estabelecer o fundamento desses direitos, dentre elas, a jusnatural, a metafísica, a moral, a ideal, a cultural, a civilizacional etc. Não constitui o foco deste trabalho perquirir tal aspecto, concordando-se com Norberto Bobbio que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”. Para o jusfilósofo italiano, importa, antes de saber a natureza dos direitos fundamentais, o modo de efetivá-los, a fim de que o conteúdo das declarações seja cumprido. Portanto, o problema não seria filosófico, tampouco meramente jurídico, e sim necessariamente político, afinal a maior dificuldade não reside no reconhecimento de tais direitos, porém no momento de passar da teoria à prática.⁷

Relevante, por conseguinte, não é a escolha de uma expressão ou a demarcação de sua fundamentação, mas ressaltar o conteúdo dos direitos

⁶ Celso Duvivier de Albuquerque Mello aduz que “a questão da terminologia é irrelevante nesta matéria, vez que o alcance da expressão já está mais ou menos estabelecida”. (MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 819-821.) Para um estudo mais aprofundado das expressões mencionadas, conferir SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 179; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 393-398.

⁷ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1999, p. 23-27. Contudo, muitos juristas, dentre eles Philip Alston e Maurice Cranston, preocupam-se com a fundamentação dos direitos fundamentais, haja vista o fenômeno chamado de “vulgarização dos direitos fundamentais” ou ainda “inflação de direitos fundamentais”, estabelecendo critérios para a caracterização de um direito enquanto fundamental. (Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 67-68.) Ademais, Vicente Barreto explicita sua opinião quanto à importância da fundamentação dos direitos, a fim de garantir sua proteção: “a reflexão sobre os fundamentos dos direitos humanos somente tornou-se relevante e inseriu-se no plano de uma reflexão metajurídica, quando as violações desses direitos na prática cotidiana trouxeram consigo um alto grau de relativismo na sua interpretação e provocaram uma conseqüente insegurança nas relações entre os Estados nacionais e no seio da própria sociedade civil”. (BARRETO, Vicente. Os Fundamentos Éticos dos Direitos Humanos. *In: Cadernos Acadêmicos*. v. 4, n. 2, 1997, p. 30.)

fundamentais. O importante é esclarecer que tais direitos relacionam-se diretamente com a consagração da dignidade da pessoa humana.

Destarte, o principal aspecto dos direitos fundamentais reside na concretização de vida digna ao ser humano, mediante a efetivação dos valores da liberdade e da igualdade. Consoante as lições de Vicente Barreto, a manutenção da dignidade humana constitui “o cerne dos direitos humanos, pois é por meio deles que serão asseguradas as múltiplas dimensões da vida humana, todas asseguradoras da realização integral da pessoa”.⁸

A dignidade da pessoa humana é, na opinião de Ingo Wolfgang Sarlet, a “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade”. Para o jurista, a dignidade implica em um complexo de direitos e deveres fundamentais que i) assegure a pessoa contra qualquer ato de cunho degradante e desumano; ii) garanta-lhe as condições existenciais mínimas para uma vida saudável; e, iii) propicie e promova sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em conjunto com os demais seres humanos.⁹

Acerca do tema, imprescindível faz-se a transcrição do pensamento de Carmem Lúcia Antunes Rocha, para quem a dignidade está estritamente vinculada à idéia de justiça humana:

Dignidade é o pressuposto da idéia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal. O sistema normativo de direito não constitui, pois, por óbvio, a dignidade da pessoa humana. O que ele pode é tão-somente reconhecê-la como dado essencial da construção jurídico-normativa, princípio do ordenamento e matriz de toda organização social, protegendo o homem e criando garantias institucionais postas à disposição das pessoas a fim de que elas possam garantir a sua eficácia e o respeito à sua estatuição. A dignidade é mais um dado jurídico que uma construção acabada no direito, porque firma e se afirma no sentimento de justiça que domina o pensamento e a busca de cada povo em sua busca de realizar as suas vocações e necessidades.¹⁰

⁸ BARRETO, Vicente. Os Fundamentos Éticos dos Direitos Humanos. *In: Cadernos Acadêmicos*. v. 4, n. 2, 1997, p. 42.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 60.

¹⁰ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. *In: Revista Interesse Público*. n. 4, out./dez. 1999. São Paulo: Notadez, p. 26.

Quanto à concepção de dignidade, ainda há de se remeter ao pensamento kantiano, segundo o qual o homem nunca deve ser tratado como objeto, mas sempre como fim em si mesmo. Immanuel Kant formulou o seguinte imperativo prático: “age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”.¹¹

Denota-se, assim, que os direitos fundamentais têm como pressuposto conferir existência digna ao ser humano e, para tanto, destaca-se o indispensável papel do Estado em sua proteção e implementação.

2.2.

Origem do Estado

A expressão Estado, relacionada à sociedade política, aparece pela primeira vez, de acordo com Dalmo de Abreu Dallari, na obra “O Príncipe” (1.513), escrita por Maquiavel, sendo utilizada pelos italianos como sinônimo de cidades independentes (*stato di Firenze*).¹²

Porém, não há um consenso quanto à origem do Estado. Dentre as teorias existentes, apontam-se as principais:

Uma delas defende-o como elemento universal, porque embora com denominação diversa, o Estado sempre existiu, haja vista o homem estar integrado numa organização social, a qual dispõe de poderes condicionantes do comportamento do grupo.

Diversa teoria sustenta que o surgimento do Estado deu-se conforme as condições concretas do lugar, para suprir as necessidades dos grupos. Desse modo, não houve aparecimento concomitante do Estado em todas as regiões, e sim de acordo com a(s) específica(s) necessidade(s) de cada comunidade.¹³

Para Friedrich Engels, o Estado não existiu desde os primórdios; ao contrário, nasceu quando a sociedade chegou a determinado grau de desenvolvimento e se fez necessário pelo fim da convivência harmônica da

¹¹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 59.

¹² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 51.

¹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 52.

sociedade, ocasionada pela divisão de classes oriunda da díspare acumulação das riquezas. Em suas palavras:

Faltava apenas uma coisa: uma instituição que não só assegurasse as novas riquezas individuais contra as tradições comunistas da constituição gentilícia; que não só consagrasse a propriedade privada, antes tão pouco estimada, e fizesse dessa consagração santificadora o objeto mais elevado da comunidade humana, mas também imprimisse o selo geral do reconhecimento da sociedade às novas formas de aquisição da propriedade, que se desenvolviam umas sobre as outras – a acumulação, portanto, cada vez mais acelerada das riquezas: uma instituição que, em uma palavra, não só perpetuasse a nascente divisão da sociedade em classes, mas também o direito de a classe possuidora explorar a não-possuidora e o domínio da primeira sobre a segunda. E essa instituição nasceu. Inventou-se o Estado.¹⁴

Outros, entretanto, consideram que o surgimento do Estado ocorreu quando do nascimento da idéia e da prática de soberania sobre determinado território, somente ocorrido no século XVII. Destarte, há quem sustente o Estado possuir data oficial de aparecimento, remetendo à assinatura da Paz de Westfália no ano de 1.648, motivada pelas constantes brigas havidas entre as diversas autonomias presentes no mundo medieval.¹⁵

O presente estudo não aprofundará a polêmica referente à propriedade, ou não, de se falar na existência de Estado anteriormente ao advento da Idade Moderna, vez que se trata de uma questão que foge dos objetivos aqui propostos. Aliás, consoante alude Norberto Bobbio, delimitar o momento da existência do Estado “é questão cuja solução depende unicamente da definição da qual se parta: se uma definição mais ampla ou mais restrita”.¹⁶

Contudo, em atenção à íntima conexão entre a idéia de Estado e a necessidade de consagração de direitos fundamentais, far-se-á uma breve menção a respeito da evolução de ambos, partindo da noção de Estado existente na Antigüidade.

¹⁴ ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 119-120. A teoria de Engels, elaborada em conjunto com Karl Marx, é denominada teoria negativista do Estado, vez que este serve para proteger os interesses da classe dominante, a qual não permaneceria após a revolução do proletariado, extinguindo-se naturalmente o Estado ante a sociedade harmonizada.

¹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 53.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: por uma Teoria Geral da Política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 11. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004, p. 69.

2.3.

Do Estado Antigo ao Estado Moderno e o Reconhecimento de Direitos Essenciais ao Homem

A Idade Antiga é o momento histórico compreendido entre o aparecimento das primeiras civilizações e o fim do Império Romano do Ocidente.¹⁷ Dentre os grupos humanos que viveram durante esse período, destacam-se as antigas civilizações do Oriente propriamente dito ou do Mediterrâneo, a civilização grega e a civilização romana.

O Estado Antigo, Oriental ou Teocrático é marcado pela natureza unitária, não havendo divisões em seu interior (sejam territoriais, funcionais), e pela religiosidade (autoridade e normas ditadas por um poder divino). Verifica-se uma constante confusão entre os institutos família, religião e Estado.

O Estado Grego, por outro lado, caracteriza-se pela existência da pólis (cidade-Estado de Atenas, cidade-Estado de Esparta etc.), sociedade política de maior expressão que tem a auto-suficiência como ideal. Apesar de o conceito de cidadão ser bem mais restrito que atualmente, convém mencionar sua participação nas decisões políticas da pólis.

Já o Estado Romano constitui um dos modelos de Estado que mais se expandiu pelo mundo, chegando à pretensão de um Império Mundial. Desde sua fundação, em 754 a.C., até a morte de Justiniano, em 565 d.C., Roma conservou as características de cidade-Estado, tendo a base familiar como núcleo de sua organização. Tal como no Estado Grego, a população, também sob uma concepção mais restrita, participava do governo.

No entanto, no ano de 212 d.C. o Imperador romano Caracala, por motivos políticos, religiosos, fiscais e sociais,¹⁸ igualou as condições dos indivíduos (conquistados e romanos), naturalizando todos os povos do Império.

¹⁷ Porém, antes mesmo do Estado Antigo há quem afirme a existência de organizações sociais que podem ser consideradas Estado desde a pré-História (período compreendido entre o aparecimento dos primeiros homens, há aproximadamente um milhão de anos, e os primeiros registros escritos, por volta do ano 4.000 a.C.). Para uma análise mais completa a respeito dessas sociedades, Cf. MORAES, José Geraldo Vinci de. *Caminhos das Civilizações: da Pré-História aos Dias Atuais*. São Paulo: Atual, 1993.

¹⁸ Geraldo de Ulhoa Cintra leciona: "O objetivo do edito de Caracala foi político, a unificação do Império; foi religioso, visa a aumentar os adoradores dos deuses de Roma; foi fiscal, quer obrigar os peregrinos a pagar impostos nas sucessões; foi social, com vistas a simplificar e facilitar as decisões judiciais, nos casos sobre o estado e a constituição das pessoas". (CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *De Statu Civitatis*. São Paulo, 1963, p. 54.)

Fato esse que, aliado ao cristianismo (e, mais precisamente, com o Edito de Milão, em 313 d.C., o qual assegurou a liberdade religiosa no Império) e ao domínio de vasta extensão territorial, ocasionou o declínio do Estado Romano e o surgimento de novas formas de sociedade política, dando-se início ao Estado Medieval.

O Estado Medieval, por sua vez, é caracterizado pelo fracionamento do poder entre as diversas formas de autonomia social e pela obscura noção de autoridade, tendo como elementos de destaque o cristianismo, as invasões bárbaras e o feudalismo.¹⁹

O cristianismo embasava-se na igualdade entre os cristãos e na unidade da Igreja, procurando a universalidade de sua crença. As invasões bárbaras propiciaram o aparecimento de novos costumes nas sociedades, instigando as regiões invadidas a se firmarem independentes, marcadas, em certos aspectos, pelas alianças entre bárbaros e cristãos. Quanto ao sistema feudal, Leo Huberman argumenta que nenhuma descrição pode ser aduzida com exatidão porque as condições variavam muito conforme o local,²⁰ entretanto algumas características básicas podem ser estabelecidas. Cada feudo apresentava uma ordem jurídica e autonomia próprias, vinculado apenas formalmente ao poder soberano do Estado. Dessa feita, o feudalismo foi a organização política, social e econômica preponderante na Europa ocidental no período medieval, que - notadamente em decorrência das guerras internas que coíbiam o comércio - acarretou na valorização da posse da terra, da qual retiravam-se os meios de subsistência de ricos e pobres, estes sujeitando-se aos poderes daqueles.

O Estado, durante esse momento histórico,²¹ encontrava-se fragmentado e enfraquecido, motivo pelo qual sua intervenção nas atividades econômicas e sociais é ínfima, em muitas hipóteses restringindo-se à cobrança de impostos.

¹⁹ A Idade Média, por sua vez, é o período da História que se inicia a partir da queda do Império Romano do Ocidente (476 d.C.) e perdura até a tomada de Constantinopla, capital do Império Romano do Oriente (1.453 d.C).

²⁰ HUBERMAN, Leo. História da Riqueza do Homem. Trad. Waltensir Dutra. 21. ed. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1986, p. 14.

²¹ Insta salientar que para muitos juristas, em razão do enfraquecimento que representava, nem se pode aduzir a existência de Estado na Idade Média. (Cf. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 24.)

A partir do século X - com a diminuição das invasões na Europa Ocidental; o surgimento de inovações técnicas na agricultura, como enxada, arado e adubos; o aumento da população e, conseqüentemente, o crescimento do mercado consumidor - ocorre o renascimento da atividade comercial e se inicia a crise do sistema feudal.

O clima de insegurança e instabilidade prejudicava a realização das atividades comerciais, sobretudo a circulação das mercadorias. A tranqüilidade era necessária para o fortalecimento econômico e político dos “burgueses” (classe em ascensão) e, por conseguinte, para a expansão do comércio, razão pela qual determinados setores da burguesia se uniram aos reis para a formação de um poder central forte. Tal fato, aliado a diversos outros que levaram ao enfraquecimento político da nobreza feudal, conduziram a um progressivo fortalecimento de poder nas mãos dos monarcas.²²

Dentre os principais motivos atinentes à passagem do Estado Medieval ao Estado Moderno, destacam-se, além da crise do feudalismo, os conflitos entre os variados centros de competência existentes (corporações, senhorios, organizações religiosas), inclusive no tocante à discussão a respeito do poder máximo do Estado (Papais x Imperadores). Segundo Angela Cassia Costaldello, pode ser resumido esse período nos seguintes termos:

Na escala do sistema feudal, o objetivo inicial era, sobretudo, de proteção dos senhores e de suas terras. No entanto, com o desenvolvimento e conseqüentes mudanças dos feudos, certos senhores construíram muralhas distanciadas da casa principal, propiciando a moradia dos camponeses e uma estrutura social diversa. Intimamente ligados à revolução agrícola, dois fatores tiveram relevância no desenvolvimento social da época: *renascimento do comércio* e *o fortalecimento das cidades*. (...) Burgos, aldeias e vilas tornaram-se independentes, desligando-se do seu antigo senhor feudal, fazendo nascer a “burguesia”, formada, em sua maioria, pelos negociantes. (...) a riqueza encontrava-se, preponderantemente, nas mãos dos burgueses e, portanto, era mais conveniente ao senhor feudal a eles se aliar, dando-lhes uma independência controlada. (...) Deflagrada a decadência do feudalismo nos séculos XIV e XV, contínuos embates se travaram entre nobreza e clero, de um lado, e os burgueses, de outro, e cujo *cerne do conflito se situava no uso e na posse da terra e na destinação do solo*. (...) Os séculos XVI, XVII e XVIII, em especial, são tidos como a fase transitória do feudalismo para o capitalismo, e as cidades, mediante os chamados foros municipais, eram independentes juridicamente, diluindo, ainda mais, o poder político dos nobres. (...) A nobreza, ao perceber a diminuição de seu poderio com o êxodo dos camponeses para as cidades e pela ascendência ininterrupta da burguesia,

²² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 70.

tem no seu apoio ao soberano o único meio de permanecer com algum poder de decisão. É a passagem para o chamado “Estado Absoluto”.²³

O regime político adotado com o advento do Estado Moderno passa a ser o Absolutismo²⁴, no qual todos os poderes se concentram nas mãos do monarca, sendo de sua alçada decidir sobre todos os assuntos; era a ele que competia decretar lei, dispensar justiça, arrecadar impostos e dirigir a vida econômica de seu Estado, bem como declarar a guerra ou fazer a paz. O poder justificava-se num pretense direito divino, no qual o rei era escolhido por vontade de Deus e por isso deveria ser amado, respeitado e obedecido pelos súditos.

Gradualmente, o regime absolutista passa a enfrentar críticas, seja por parte dos próprios burgueses, desejosos de maior reconhecimento social e político e de expansão comercial, seja por outras classes da sociedade, insatisfeitas com os privilégios concedidos à nobreza, ao clero e à alta burguesia.

Aproveitando-se do descontentamento dos demais segmentos da sociedade para com o modo de governo, a burguesia incentivou uma luta contra o Absolutismo. Para tanto, utilizou-se do fundamento filosófico do Iluminismo,²⁵ cuja principal característica consistia em explicar os fenômenos naturais e sociais por intermédio da razão. O movimento intelectual iluminista vem suprir as explicações emotivas (até mesmo as idéias referentes aos chamados caprichos dos deuses) pelas racionais, combatendo o autoritarismo, a opressão à liberdade individual e a intolerância religiosa.

Ainda que os direitos fundamentais não tivessem proteção satisfatória, ao longo da Idade Antiga, Média e Moderna, identificam-se importantes documentos históricos que contribuíram para sua construção e concepção atual.

Nas civilizações antigas, pode-se citar, por exemplo: o Código de Hammurabi, no qual o rei restringiu seus poderes e consagrou, dentre outros, o direito à vida, à honra, à propriedade e à família; a propagação das idéias

²³ COSTALDELLO, Angela Cassia. A Propriedade Privada, o Urbanismo e as Parcerias Público-Privadas: Transformações e Perspectivas. *In*: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 88-89.

²⁴ Ressalva-se que há quem defenda somente ser possível falar em Estado Moderno após o Absolutismo.

²⁵ A respeito do tema “Iluminismo” e sua filosofia de elevada importância à razão, visualizar as obras: HUME, David. *Diálogos sobre a Religião Natural*; e VOLTAIRE, François. *Dicionário Filosófico*. *In*: FREITAS, Gustavo de. *900 Textos e Documentos Históricos*. Lisboa: Plátano Editorial.

budistas a respeito da igualdade entre os seres humanos; os estudos realizados na Grécia acerca da necessidade de igualdade e liberdade do homem e a crença na existência de um direito natural anterior e superior; a Lei de Valério Publicola, que proibiu penas corporais em certas situações; a Lei das Doze Tábuas, que consagrou de forma bastante significativa a liberdade, a propriedade e a proteção dos direitos dos indivíduos; o cristianismo e sua concepção religiosa que evidenciavam a mensagem de igualdade de todos os homens.

Inclusive, é no decorrer do Estado Antigo e início do Medieval que se identificam as chamadas fase da pré-História dos direitos fundamentais, que se estende até o século XVI, e fase intermediária, marcada pela doutrina jusnaturalista.²⁶

Na primeira fase (pré-História dos direitos fundamentais), a religião e a filosofia contribuíram com o desenvolvimento posterior da concepção jusnaturalista, em especial pelos valores da dignidade, da liberdade e da igualdade pregados tanto pelo cristianismo (ser humano enquanto criação divina, à imagem e semelhança de Deus) quanto pela cultura greco-romana (como, por exemplo, o modelo de democracia ateniense).

Com relação à segunda fase, fundamental ressaltar que a teoria jusnaturalista foi decisiva para os processos revolucionários do século XVIII, pois defende a titularidade de direitos do ser humano tão-somente pela sua existência, propondo, com isso, a limitação da interferência estatal nas relações privadas, motivada, principalmente, frente aos abusos cometidos pelos governantes.²⁷

Ambas as fases influenciaram, por intermédio das teorias desenvolvidas, o reconhecimento dos direitos fundamentais no âmbito do direito positivo.

O documento tido, por muitos estudiosos, como marco do reconhecimento dos direitos do homem remonta à Inglaterra do século XIII. Trata-se da *Magna Charta Libertatum*, pacto firmado pelo rei inglês João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses em 1.215, mediante o qual se reconheceram direitos e garantias civis clássicos, tais quais *habeas corpus*,

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 40.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 41-44.

devido processo legal, garantia de propriedade, proporcionalidade entre delito e sanção e restrições tributárias.

De suma importância para a construção dos direitos do ser humano foram, também, os documentos de propagação da Reforma Protestante, na medida em que levaram o reconhecimento da liberdade religiosa e de culto em diversos países, a exemplo do *Edito de Nantes*, promulgado por Henrique IV da França, em 1.598; do *Toleration Act* da colônia americana de Maryland, em 1.649, e de seu similar da colônia de Rhode Island, em 1.663.

Impende mencionar, ademais, as declarações inglesas de direitos dos séculos XVII e XVIII, dentre elas a *Petition of Rights*, de 1.628; o *Habeas Corpus Act*, de 1.679; o *Bill of Rights*, de 1.689; e o *Establishment Act*, de 1.701, pelas quais se reconheceram direitos a todos os ingleses (alguns dos direitos previstos: legalidade penal, proibição de prisões arbitrárias, *habeas corpus*, direito de petição e liberdade de expressão), limitando o poder monárquico e afirmando o Parlamento perante a Coroa Inglesa.

Em que pese a evolução em torno dos direitos reconhecidos aos indivíduos, os documentos supramencionados não podem ser considerados marco dos direitos fundamentais (no significado que hoje lhes é conferido), visto que os direitos não vinculavam o Parlamento, podendo ser suprimidos a qualquer momento pela autoridade monárquica. A indispensável supremacia e estabilidade dos direitos fundamentais dá-se somente com a constitucionalização.²⁸

2.4.

O Estado Contemporâneo e a Constitucionalização dos Direitos Fundamentais

No século XVIII, o Poder Público era considerado inimigo das liberdades individuais, pois as arbitrariedades cometidas pelos governantes durante o Absolutismo conduziram à idéia de que qualquer restrição do individual ao coletivo era tida como ilegítima. Impõe-se, como tentativa de estabelecer limites racionais ao poder exercido, a proteção constitucional de certo núcleo de direitos dos indivíduos. Todavia, há divergências doutrinárias quanto ao primeiro documento que os elevou ao *status* constitucional.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 47.

Para alguns, o marco deve ser atribuído à Declaração dos Direitos do Povo de Virgínia, em 1.776; afinal, por intermédio desta, os direitos já inseridos em outros documentos foram consagrados com as características de universalidade e supremacia, inclusive sendo reconhecida eficácia em relação à representação popular, vinculando, por subseqüente, o Poder Público.²⁹

Outros, no entanto, entendem que a origem dos direitos fundamentais constitucionais deu-se com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1.789, fruto da Revolução Francesa³⁰, que derrubou o regime absolutista e provocou profundas transformações na vida política, social e econômica não só da França, mas de toda a Europa (marcando, aliás, o início da Idade Contemporânea).

Ambas as declarações são dotadas de inspiração jusnaturalista, reconhecendo e consagrando a todos os homens direitos naturais, inalienáveis, imprescritíveis e invioláveis.³¹ Tais documentos tiveram significativo valor na construção dos direitos fundamentais, eis que foram responsáveis pelo reconhecimento constitucional desses direitos.

A partir de então, os direitos do homem passam por um processo evolutivo, vinculado às condições históricas, sempre sendo conquistados novos

²⁹ Ressalta-se que a Declaração de 1.776 somente foi incorporada à Constituição em 1.791, “momento em que foi afirmada na prática da Suprema Corte a sua supremacia normativa”, passando, a partir de então, também a enunciar formalmente direitos fundamentais constitucionais. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 48.)

³⁰ Romeu Felipe Bacellar Filho lembra que a Revolução Francesa foi responsável por relevantes alterações na concepção de Estado, observando-se a preocupação em sistematizar o conjunto normativo de modo a prescrever a competência das autoridades, limitando-se o poder e reconhecendo-se direitos aos particulares em face da Administração Pública. Consoante seus ensinamentos, “a fase pós-revolucionária retratava, pois, um Estado que se sujeitava às leis que editava (princípio da legalidade) e estruturado na tripartição de poderes, constituindo um Estado de Direito”. (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 2.) Ademais, Paulo Bonavides assevera que a importância da Revolução Francesa faz-se presente até os dias de hoje, pois foi na verdade uma grande revolução espiritual e racionalista do século XVIII, não se restringindo a uma mesquinha batalha permeada por exclusivos interesses burgueses. Nas palavras do autor: “Nós vivemos e viveremos sempre da Revolução Francesa, do verbo de seus tribunais, do pensamento de seus filósofos, cujas teses, princípios, idéias e valores jamais pereceram e constantemente se renovam, porquanto conjugam, inarredáveis, duas legitimidades, duas vontades soberanas: a do Povo e da Nação.” (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 21.)

³¹ Quanto à disputa para saber qual desses documentos foi responsável pelo aparecimento dos direitos fundamentais constitucionais, conferir SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 48-49. O autor salienta que ambas tiveram grande destaque e suas ideologias influenciaram-se mutuamente.

direitos quando diante de necessidades indispensáveis à dignidade da pessoa humana. Destarte, os direitos evoluem em dimensões (ou gerações)³², traduzindo um processo cumulativo e qualificativo, visto que a consagração de novas dimensões de direitos fundamentais não significa que a anterior não é mais digna de proteção, estando, ao revés, em essencial complementariedade.

2.4.1.

O Estado Liberal e a Primeira Dimensão dos Direitos Fundamentais

A reação contra o Absolutismo monárquico e a origem divina sobrenatural do poder tem como consequência a defesa de um modelo de Estado Liberal, o qual não intervém nas relações privadas (especialmente nas relações econômicas e sociais). Sob o ponto de vista político, a doutrina do Liberalismo se afirma a partir de 1.859 com a publicação da obra “Da Liberdade”, de Stuart Mill, o qual prega que o Estado não deve intervir nas relações particulares, competindo a cada homem ser responsável por seus atos.

A concepção fundamental do Liberalismo é a de que o Estado apresenta-se como mero intermediário entre o povo e a vontade geral, a qual lhe incumbe dar cumprimento, competindo-lhe interferir o quanto menos possível nas relações privadas. A liberdade é vislumbrada na medida em que não há ingerência estatal na esfera particular do indivíduo.

O Estado Liberal, centrado nos princípios da legalidade e da separação dos poderes, limitava sua intervenção à proteção da liberdade, da segurança e da propriedade dos indivíduos.³³ Implementa-se o Estado mínimo, com funções

³² Para alguns juristas, a expressão dimensões revela-se mais adequada na medida em que a utilização da palavra gerações poderia evidenciar uma sobreposição de novos direitos, o que acabaria negando importância aos direitos já reconhecidos. Paulo Bonavides, destacando a integração entre as dimensões, argumenta que “os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a Humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo”. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 572.)

³³ Adriana da Costa Ricardo Schier nos seguintes termos se manifesta quanto a essa mudança de concepção da intervenção estatal: “o Estado, que era ‘tudo’, inclusive absoluto, passa a ser o mínimo, aquele que, exceto em campos bem determinados – poder de polícia e atividades não lucrativas para a iniciativa privada –, não interfere na esfera dos indivíduos (princípio liberal). Surge, destarte, a Administração Pública personalizada, com o avanço da teoria do “fisco”, e com toda a sua atividade submetida à lei, consagrando o princípio da legalidade como a pedra de toque deste modelo de

voltadas essencialmente à vigilância da ordem social e à proteção contra ameaças externas. Dessa feita, nesse momento, o Estado somente prestava serviços públicos que não ofereciam interesse econômico para a iniciativa privada, como, por exemplo, saneamento básico e energia.³⁴

Tal cenário propiciou a positivação dos chamados direitos civis e políticos, denominados direitos de primeira dimensão, nos quais há a consagração das liberdades do indivíduo. Exigiu-se, com isso, uma abstenção do Estado, a fim de que fossem garantidas as liberdades fundamentais do ser humano, tais como liberdade de locomoção, de religião, de pensamento etc. Nas lições de Paulo Bonavides, esses direitos “têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.³⁵

Em resposta aos abusos cometidos durante o Absolutismo, surge a idéia de controle do poder estatal, somente aceitando uma restrição a tais direitos se houvesse previsão legal.

Aliás, o primado da lei está expresso na segunda parte do artigo 4º da Declaração de 1.789, o qual estabelece que “o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites não podem ser determinados senão pela lei”. A prevalência da lei justificou-se sob dois argumentos, quais sejam: a lei é expressão da justiça, sendo aplicada uniforme a todos os casos, independentemente da qualificação do indivíduo; e a lei é a expressão da vontade geral (pensamento rousseauiano), devendo, portanto, ser respeitada por todos.

Destaca-se, ainda, que a lei disciplinadora de direitos deve ser compreendida como lei formal, haja vista que, consoante salienta Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “é da história que o Estado, mais precisamente o

Estado”. (SCHIER, Adriana da Costa. Apontamentos sobre os Modelos de Gestão e Tendências Atuais. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 22.) Odete Medauar aduz que “ao Estado mínimo correspondia a Administração mínima, a burocracia guardiã”.(MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 124.)

³⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*. Coimbra: Coimbra Ed., 1987, p. 201.

³⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 563-564.

Executivo, seja o 'inimigo' das liberdades", não se admitindo lhe fosse conferido poder de "instituir delitos bem como o de disciplinar direitos reconhecidos, por assim dizer, contra ele, por intermédio de regulamento".³⁶

Nesse período, há de se ressaltar significativos benefícios à sociedade, dentre eles o progresso econômico, a valorização do indivíduo sob o aspecto da liberdade humana e o desenvolvimento das técnicas de poder (poder segundo estipulado em lei, ao invés de poder pessoal).

Visualiza-se, inclusive, o surgimento de uma Administração Pública entendida enquanto conjunto de órgãos que desempenham as funções típicas do Estado. Impende lembrar que no período absolutista vigorava o patrimonialismo, sendo o Estado considerado um dos bens do soberano, concepção que somente é rompida com o advento do Estado Liberal, no qual se procura estabelecer uma estrutura administrativa não mais como patrimônio do monarca e sim direcionada ao atendimento do interesse público.

Ocorre que, apesar dos ideais inspiradores da Revolução Francesa, a construção do Estado Liberal representou, inicialmente, a vitória dos interesses individuais de um grupo específico, os burgueses. Quanto aos demais indivíduos, notadamente os menos favorecidos, restou o discurso de liberdade, igualdade e fraternidade.

Na segunda metade do século XVIII, quando do surgimento e desenvolvimento da chamada Revolução Industrial³⁷, percebe-se com maior clareza que os grupos detentores de influência interpretaram o Iluminismo e o Racionalismo de acordo com seus próprios interesses. Diante dessa constatação, impõe-se um novo modelo estatal e conseqüentemente amplia-se o rol de direitos fundamentais.

2.4.2.

O Estado Social e a Segunda Dimensão dos Direitos Fundamentais

A Revolução Industrial, ao mesmo tempo em que multiplicou o rendimento do trabalho e aumentou a produção global (com a introdução das

³⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 26, 34.

³⁷ O termo "revolução" é utilizado tendo em vista o enorme impacto sobre a estrutura da sociedade, num processo de transformação acompanhado pela notável evolução tecnológica, responsável pela substituição da produção doméstica pelo sistema fabril, das ferramentas pelas máquinas e da energia humana pela energia motriz.

máquinas), juntou os trabalhadores na fábrica e separou capital do trabalho. Houve profunda transformação nas relações de emprego: de um lado, os empresários, proprietários dos capitais e dos meios de produção; de outro, os operários, detentores apenas da própria força de trabalho. Todavia, o que deveria ter representado melhorias nas condições de trabalho, provocou inúmeros malefícios aos operários.³⁸

Ante a não-interferência estatal, enquanto os industriais aumentavam significativamente suas fortunas, os trabalhadores encaravam inúmeras explorações: desempenho de atividades mecânicas sem qualquer exercício intelectual, baixos salários, excessiva jornada de trabalho, competição com mulheres e crianças, péssimas condições de serviço etc. Paul Lafargue assim critica a situação vivenciada diariamente pelos operários:

Doze horas de trabalho por dias, esse é o ideal dos filantropos e moralistas do século XVIII. Como nós ultrapassamos esse *nec plus ultra!* As fábricas modernas tornaram-se as prisões ideais nas quais encarceradas as massas de operários, condenados a trabalhos forçados durante doze ou quatorze horas. E não apenas os homens, mas também as mulheres e crianças. (...) Dizem que nossa época é o século do trabalho. Na verdade, é o século da dor, da miséria e da corrupção.³⁹

Enfrentando enorme opressão por parte dos industriais e desassistidos pelo Estado, que os abandonavam ao sabor do próprio mercado, os operários começam a lutar por melhores condições de vida e de trabalho. Diante dos perversos efeitos causados pela Revolução Industrial, novas doutrinas que almejavam a igualdade e liberdade materiais de todo ser humano são impulsionadas.

Com efeito, somente seriam considerados livres os indivíduos que tivessem opções e que jamais seria possível uma relação justa entre grandes detentores de capital e trabalhadores famintos sem que houvesse intervenção do Estado. No entanto, a superação do modelo de Estado Liberal somente foi alcançada a partir do momento em que a inexistência de uma política social e

³⁸ Nas lições de Oliveira Viana, a população operária consistia “numa ralé fatigada, sórdida, andrajosa, esgotada pelo trabalho e pela subalimentação; inteiramente afastada das magistraturas do Estado; vivendo em mansardas escuras; carecia dos recursos mais elementares de higiene individual e coletiva; (...) abatida pela miséria sem socorro; torturada na desesperança da invalidez e da velhice sem pão, abrigo, sem amparo”. (VIANNA, Francisco José de Oliveira. *As Novas Diretrizes da Política Social*. Rio de Janeiro: Serviço de Estatística da Previdência e Trabalho, 1939, p. 4-5.)

³⁹ LAFARGUE, Paul. *O Direito à Preguiça*. 2. ed. São Paulo: Hucitec; Unesp, 1999, p. 148.

econômica intervencionista levou grande parte da população mundial a condições lastimáveis e se insurgiram constantes movimentos populares e intelectuais suscitando a ingerência em prol dos mais carentes.⁴⁰

Cabe lembrar que foi o próprio Liberalismo quem criou as condições de sua superação, conforme aduz Dalmo de Abreu Dallari:

Em primeiro lugar, a valorização do indivíduo chegou ao *ultra-individualismo*, que ignorou a natureza associativa do homem e deu margem a um comportamento egoísta, altamente vantajoso para os mais hábeis, mais audaciosos ou menos escrupulosos. Ao lado disso, a concepção individualista da liberdade, impedindo o Estado de proteger os menos afortunados, foi a causa de uma crescente injustiça social, pois, concedendo-se a todos o *direito* de ser livre, não se assegurava a ninguém o *poder* de ser livre. Na verdade, sob o pretexto de valorização do indivíduo e proteção da liberdade, o que se assegurou foi uma situação de privilégio, para os que eram economicamente mais fortes. E, como acontece sempre que os valores econômicos são colocados acima de todos os demais, homens medíocres, sem nenhuma formação humanística e apenas preocupados com o rápido aumento de suas riquezas, passaram a ter o domínio da Sociedade.⁴¹

É diante desse contexto que se aclama a necessidade de reconhecimento de uma segunda dimensão de direitos: os direitos econômicos, sociais e culturais. Consoante alude Caio Tácito, “o centro de gravidade da ordem jurídica transita do individual para o social, impondo ao Estado deveres positivos e obrigações de fazer aos quais correspondem direitos e pretensões dos administrados”.⁴²

Os direitos de segunda dimensão, ao contrário dos direitos civis e políticos, não são consagrados somente com o intuito de limitar o poder do Estado nas liberdades dos indivíduos, mais que isso, exigem uma atuação estatal positiva, voltada a todos os que dela necessitem, a fim de conferir

⁴⁰ Segundo Dalmo de Abreu Dallari, os movimentos sociais foram impulsionados, dentre outros motivos, ante a inércia da classe burguesa: “a burguesia, que despontara para a vida política como força revolucionária, transformara-se em conservadora e não admitia que o Estado interferisse para alterar a situação estabelecida e corrigir as injustiças sociais. Foi isso que estimulou, já no início do século XIX, os movimentos socialistas e, nas primeiras décadas do século XX, um surto intervencionista que já não poderia ser contido”. (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 278.)

⁴¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 277.

⁴² TÁCITO, Caio. Proteção dos Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*. n. 242. Rio de Janeiro: out./dez. 2005, p. 32.

igualdade e liberdade não somente no campo formal, mas essencialmente no campo material.⁴³ Como assevera José Afonso da Silva:

Assim, podemos dizer que os *direitos sociais*, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.⁴⁴

Desse modo, a passagem do Estado Liberal ao Estado Social pode ser descrita de acordo com os ensinamentos de Jorge Miranda: i) do Estado Neutro ao Estado Ético; ii) do Estado Mínimo ao Estado Providência; iii) do Estado-Polícia ao Estado de Bem-Estar; iv) do Estado Jurídico ao Estado Cultural; e v) do Estado Legislativo ao Estado Administrativo.⁴⁵

Diversas teorias contribuíram para a construção de um modelo de Estado voltado à implementação de um equilíbrio social e econômico, como orientador da ação individual em prol do coletivo e orientador dos fortes em benefício dos fracos, e, conseqüentemente, para a ampliação do rol de direitos fundamentais. Tais teorias, embora com diversos fundamentos, coincidem quanto à necessidade de organização da vida social, por meio da valorização do trabalho, buscando suprimir, ou amenizar, as desigualdades. Dentre elas, destacam-se a doutrina social da Igreja e a doutrina socialista (em especial a marxista⁴⁶).

⁴³ A predominância de tais direitos no século passado e sua íntima relação com o Estado é assim argüida por Paulo Bonavides: “Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 564.)

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.289-290.

⁴⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Ed. Coimbra, 1988, p. 88-89.

⁴⁶ José Joaquim Gomes Canotilho manifesta-se no seguinte sentido: “Independentemente da adesão aos postulados marxistas, o que é certo é que a radicação da ideia da necessidade de garantir o homem no plano econômico, social e cultural, de forma a alcançar um fundamento existencial-material, humanamente digno, passou a fazer parte do patrimônio da humanidade. As declarações universais dos

Não se pode negar o significativo suporte dado pela Igreja, principalmente a partir do Vaticano II, momento em que esta se torna mais participante na vida social, com destaque para os ensinamentos de Leão XIII (Encíclica *Rerum Novarum*⁴⁷), Pio XI (Encíclicas *Quadragesimo Anno* e *Divini Redemptoris*), Pio XII (Mensagens Sociais) e João XIII (Encíclicas *Mater et Magistra* e *Pacem in Terris*). Outros documentos essenciais do Concílio Ecumênico Vaticano II foram: *Quadium et Spes*; na *Populorum Progressio* e *Octogesima Advenuebs* de Paulo VI. Convém mencionar que os Papas Pio XI e Pio XII, em suas mensagens sociais, já se referiam especificamente à expressão “direitos humanos”.⁴⁸

Quanto às ideologias socialistas, estas propunham um modelo de Estado intervencionista, o qual se ocupasse da regulação do mercado, com o predomínio de políticas públicas voltadas a grande parte da sociedade que se encontrava em situação de miséria.

Por intermédio dos movimentos sociais, atribuía-se ao Estado, como forma de legitimação e justificação de seus poderes, a satisfação das necessidades materiais básicas dos indivíduos, alterando o modelo de Liberal para Social. Importante informar que os socialistas dividiam-se entre os reformistas e os revolucionários. Os primeiros (dentre eles o socialismo-democrático e o cristianismo social), que contribuíram decisivamente para o reconhecimento de novos direitos, buscavam conciliar as aspirações do proletariado com o interesse das demais classes, bem como com o Estado. Já

direitos tentam hoje uma ‘coexistência integrada’ dos direitos liberais e dos direitos sociais, económicos e culturais, embora o modo como os estados, na prática, asseguram essa imbricação, seja profundamente desigual”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 427.) Outras teorias, visando, igualmente, à proteção do trabalhador, apresentam suas propostas, a exemplo do *anarquismo*, defendendo a luta de classes, e o *socialismo*, a ditadura do proletariado como forma política pela qual a questão social encontraria melhor dimensionamento.

⁴⁷ A importância da Encíclica *Rerum Novarum*, de 1.891, e sua relação com os direitos fundamentais sociais, é expressa da seguinte maneira por Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “Esta retoma de São Tomás de Aquino a tese do bem comum, da essência na ‘vida humana digna’, bem como a doutrina clássica do direito natural, ao mesmo tempo em que sublinha a dignidade do trabalho e do trabalhador. Chega assim à afirmação de direitos que exprimem as necessidades mínimas de uma vida consentânea com a dignidade do ser humano, criado à imagem e semelhança de Deus. Daí o direito ao trabalho, à subsistência, à educação etc.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 45.)

⁴⁸ ARAGÃO, Selma Regina. *Direitos Humanos: do Mundo Antigo ao Brasil de Todos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 72-75.

os segundos entendiam que a solução somente dari-se-a com a extinção do Estado corrompido pelas classes exploradoras.⁴⁹

A luta pelo reconhecimento de direitos indispensáveis ao homem na esfera social, econômica e cultural culmina com a elaboração de documentos que absorvem as mencionadas ideologias e ampliam o rol dos direitos fundamentais, tais quais: Constituição Mexicana (1.917), Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado (1.918), Constituição Soviética (1.918), Constituição de Weimar (1.919) e Carta do Trabalho (1.927).⁵⁰

Como representante do sucesso desse novo modelo de Estado, importante mencionar a política intervencionista do *New Deal*, conforme lições de Dalmo de Abreu Dallari:

Em 1932, Franklin Roosevelt é eleito presidente dos Estados Unidos, encontrando o povo em situação desesperadora: milhões de desempregados, famílias inteiras sem abrigo e sem alimentos, e até os altos círculos financeiros inseguros e desorientados. Enfrentando a resistência dos empresários e dos tradicionalistas, Roosevelt lançou seu programa de governo conhecido com *New Deal*, que era, na realidade, uma política intervencionista. A própria Suprema Corte norte-americana criou obstáculos para a implantação dessa nova política, mas as solicitações sociais eram intensas, os resultados começaram a demonstrar o acerto da orientação e, afinal, o intervencionismo tornou-se irresistível. Em 1936, Franklin Roosevelt conseguiria reeleger-se com votação esmagadora e seus próprios adversários reconheceriam o êxito de sua política de governo. Nesse mesmo ano, WALTER LIPPMANN, que sempre se opusera ao *New Deal*, publica uma obra que ficaria famosa como a expressão de um *neoliberalismo*. Embora reafirmando-se liberal, LIPPMANN reconhece que o principal problema era “como conciliar com a economia relativamente nova da divisão do trabalho as grandes, antigas e progressistas tradições de liberdade, incorporadas nas leis que respeitam a personalidade humana.” Procurando dar uma nova definição do liberalismo, diz que “o Estado liberal há de ser concebido como protetor de direitos iguais, dispensando a justiça entre os indivíduos, e não dirigi-los arbitrariamente”. Como fica evidente, essa

⁴⁹ Sagaz a observação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “A crítica socialista tocou fundo quando denunciou o caráter ‘formal’ das liberdades reconhecidas nas Declarações”. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 44.)

⁵⁰ A respeito, argumenta Fábio Konder Comparato: “A Constituição Francesa de 1848, retomando o espírito de certas normas das Constituições de 1791 e 1793, reconheceu algumas exigências econômicas e sociais. Mas a plena afirmação desses novos direitos humanos só veio a ocorrer no século XX, com a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919”. (COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 53.) Mesmo que de forma isolada e sem o amplo destaque conferido pelos documentos mencionados, outras constituições já contemplavam alguns direitos sociais, como, por exemplo, a Constituição Brasileira de 1.824, que em seu artigo 179 previa que “A Constituição também garante os socorros públicos.” (nº 31) e que “A instrução primária é gratuita a todos os cidadãos.” (nº 32).

doutrina está bem distante do não-intervencionismo do século XIX, e retrata uma nova concepção do papel do Estado na Sociedade.⁵¹

Ademais, as emergências ocasionadas pela II Guerra Mundial acabam por estimular a intervenção estatal, assumindo o Estado o papel de prestador de serviços fundamentais aos indivíduos, alterando a concepção de *Estado-Polícia* para *Estado de Serviço*, no qual se buscam diminuir as conseqüências penosas da desigualdade econômica. Com o fim da guerra, aumenta a ingerência, devido à necessidade de restauração dos meios de produção, reconstrução das cidades, readaptação das pessoas à vida social, financiamento de estudos para o desenvolvimento técnico e científico visualizado durante a guerra.⁵²

Com a falência do modelo Liberal, diante da crescente demanda social, o novo modelo de Estado, direcionado a garantir aos indivíduos as condições de subsistência, é marcado pela intervenção na economia, visando ao seu aquecimento e desenvolvimento, bem como pelo aumento da gama de prestação de serviços públicos. Em razão da significativa atuação no campo econômico, o Estado Social também passa a ser designado Estado Empresário.⁵³

Caio Tácito adverte que os principais argumentos que ocasionaram a intervenção do Estado nas relações econômicas e sociais foram a existência de um interesse coletivo que legitimava a atuação estatal em determinadas atividades econômicas e a necessária tutela do economicamente mais fraco frente ao explorador sistema capitalista, sensibilizando a ordem pública e inspirando o legislador, o juiz e o administrador nessa tarefa.⁵⁴

⁵¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 279.

⁵² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 279-280.

⁵³ Conforme ensinamentos de Carlos Ari Sundfeld, o Estado substitui os particulares e assume a tarefa de desenvolver atividades consideradas importantes ao crescimento, surgindo, com isso, as empresas estatais. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 55.)

⁵⁴ TÁCITO, Caio. O Desafio do Ensino do Direito. In: *Temas de Direito Público: Estudos e Pareceres*. vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 28. Ademais, a extensão do sufrágio, a pressão sindical sobre o Estado, a atuação estatal diante de crises econômicas, o êxodo rural e o desenvolvimento científico e tecnológico são outros fatores apontados pela doutrina como responsáveis pela exigência de um novo modelo estatal. (Cf. MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 83-84.)

Nesse sentido, o surgimento do Estado Social - Estado do Bem-Estar Social (“*Welfare State*”) ou Estado Providência - representou um novo desenvolvimento da economia por intermédio de um plano de ação, em que o Estado adota uma postura ativa em relação aos problemas sociais e passa a utilizar técnicas como o planejamento, o dirigismo econômico e a interferência normativa, com vistas a proteger jurídica e economicamente os mais necessitados, estabelecendo um regulamento mínimo sobre as suas condições de vida e de trabalho.

Se antes havia a noção de omissão para proteção do ser humano, com o Estado Social passa-se à idéia de ação para concretização de uma vida digna, alargando as relações entre Estado e sociedade.⁵⁵

Com isso, o Estado Social, segundo explanado, busca a redução das desigualdades sociais, ressaltando-se sua função promocional com vistas ao estabelecimento de uma vida digna, mediante sua atuação direta nas atividades econômicas e sociais, destacando-se a ampliação dos serviços públicos.

2.4.3.

O Estado Democrático de Direito e a Terceira Dimensão dos Direitos Fundamentais

O Estado Democrático de Direito, assentado nos pilares da democracia e da juridicidade dos direitos fundamentais, surge como meio de barrar a propagação de regimes totalitários que, adotando a forma de Estado Social, desrespeitavam os direitos dos indivíduos em nome de falaciosas “razões de Estado”, sem olvidar de sua função promocional destinada a conferir a igualdade material aos homens.

Trata-se, portanto, não propriamente de um modelo que visa à ruptura com o Estado Social, e sim o seu aprimoramento, motivo pelo qual também é denominado Estado Social e Democrático de Direito.

No Estado Democrático de Direito preocupam-se as questões referentes à qualidade de vida dos seres humanos (individual, coletiva e difusamente), assumindo a lei papel de instrumento transformador da realidade social (diferentemente de seu papel limitativo da ação estatal no Estado Liberal

⁵⁵ Destarte, nesse modelo, o papel do Estado não está limitado à polícia e à administração da justiça, ele “financia, fabrica, comercia, gera a economia”. (BARROS, Alberto Moniz da Rocha. *O Poder Econômico do Estado Contemporâneo e seus Reflexos no Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1953, p. 251-252.)

de Direito, bem como aperfeiçoando seu papel de instrumento de prestações positivas, presente no Estado Social de Direito).

José Luis Bolzan de Moraes ensina que, depois da teoria de irresponsabilidade estatal pregada durante o Absolutismo, a evolução quanto à limitação dos poderes estatais no Estado de Direito pode ser resumida da seguinte maneira:⁵⁶

i) Estado Liberal de Direito: no qual se impõe ao Estado a submissão de sua soberania à lei, com o respeito à separação de poderes e a garantia dos direitos individuais. Nesse momento, podem-se observar as seguintes características: a) separação entre Estado e sociedade civil mediada pelo Direito; b) garantia das liberdades individuais; c) vinculação entre democracia e ideário de soberania, aceitando a teoria da origem consensual do Estado, o que aponta para a idéia de participação, bem como de controle de constitucionalidade; e d) Estado Mínimo. Logo, o Estado Liberal de Direito apresentava-se como garantia dos indivíduos frente a atuação estatal que pudesse vir a restringir suas liberdades, resultado de um período tirano absolutista;

ii) Estado Social de Direito: a partir de então, sem renegar as conquistas e valores advindos do Liberalismo, o Estado se volta ao atendimento de prestações básicas aos indivíduos, buscando o bem-estar social. A lei é aqui visualizada não apenas como ordem geral e abstrata, mas, muitas vezes, também enquanto instrumento de ação, com caráter específico e concreto, acolhendo critérios circunstanciais; e

iii) Estado Democrático de Direito: o qual tem um teor transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. O seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de consolidação de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica.

⁵⁶ O Estado de Direito foi concebido no período Liberal com a pretensão de limitar os abusos do governante, pautando-se no princípio da legalidade. Assim, a lei exercia o controle do poder estatal, reconhecendo, dessa forma, direito aos indivíduos. Já o Estado Democrático é aquele que tem seu poder legitimado pelo povo, baseado nos princípios da soberania e da participação popular. (MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais: o Estado e o Direito na Ordem Contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 74-75.)

Dessa forma, são princípios do Estado Democrático de Direito a constitucionalidade, a organização democrática da sociedade, o sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, a justiça social, a igualdade, a divisão de poderes ou de funções, a legalidade, a segurança e a certeza jurídicas.⁵⁷

Com o aperfeiçoamento do Estado Social, a intervenção estatal na sociedade legitima-se à realização dos ideais de igualdade e liberdade materiais, pautada pelo referencial democrático. Jorge Reis Novais defende tal posicionamento nos seguintes termos:

Com a extensão exigida pela actual compreensão da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais só obtêm cabal realização e protecção em regime democrático. Desde logo porque sem o reconhecimento geral dos direitos políticos – só concebível numa situação democrática – a esfera de autonomia individual seria decisivamente amputada; mas também – e sem que isso signifique qualquer ideia de funcionalização ou despersonalização dos direitos – porque são radicalmente distintos o alcance e as margens de actuação dos restantes direitos fundamentais num quadro democrático ou num contexto autoritário tendencialmente desvalorizador da personalidade individual.⁵⁸

A democracia, conforme salientam diversos instrumentos internacionais, é o regime político que melhor consagra os direitos do homem. A Carta Democrática Americana, aprovada no ano de 2.001, por exemplo, em seu preâmbulo, dentre outras disposições, considera que a Organização dos Estados Americanos assenta a democracia representativa como indispensável para a estabilidade, a paz e o desenvolvimento da região e reafirma que a luta contra a pobreza é essencial para a promoção e estabilização da democracia e constitui uma responsabilidade comum e compartilhada dos Estados americanos, bem como que a promoção e protecção dos direitos humanos é condição fundamental para a existência de uma sociedade democrática.

Em um Estado Democrático de Direito, a protecção do ser humano constitui condição de sua existência e medida de sua legitimidade, razão pela qual a atuação estatal deve estar direccionada à máxima consagração de direitos fundamentais, seja em seu aspecto individual, seja em seu aspecto coletivo.

⁵⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais: o Estado e o Direito na Ordem Contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 75.

⁵⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1987, p. 221.

Assim, justifica-se o vínculo com os direitos de terceira dimensão, os quais são considerados de titularidade coletiva ou difusa e se relacionam com a qualidade de vida e com a solidariedade entre os seres humanos, não mais tendo como foco apenas a proteção do indivíduo, e sim de todo o gênero humano.⁵⁹ Enquadram-se nessa dimensão o direito ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos, à paz, ao patrimônio comum da humanidade, ao meio ambiente e à comunicação.

Consoante adverte Ingo Wolfgang Sarlet, o reconhecimento dos direitos de terceira dimensão constituem o resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes conseqüências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais.⁶⁰ Impende mencionar que tais direitos ainda estão em fase de constitucionalização e de consagração no âmbito do direito internacional.⁶¹

Sobre a importância desses direitos, manifesta-se o Supremo Tribunal Federal, como se depreende do voto do Ministro Celso de Mello:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) — que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais — realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) — que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas — acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da

⁵⁹ Leciona Paulo Bonavides: “Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos de liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 569.)

⁶⁰ Quanto aos direitos de terceira dimensão e sua característica complementar aos direitos de outras dimensões, prossegue o autor: “na sua essência e pela sua estrutura jurídica de direitos de cunho excludente e negativo, atuando como direitos de caráter preponderantemente defensivo, poderiam enquadrar-se, na verdade, na categoria dos direitos fundamentais da primeira dimensão, evidenciando assim a permanente atualidade dos direitos de liberdade, ainda que com nova roupagem e adaptados às exigências do homem contemporâneo”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 54-54.)

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 54. Os direitos mencionados podem ser visualizados na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de 1.981, bem como na Carta de Paris para uma nova Europa, de 1.990.

solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, nota de uma essencial inexauribilidade.⁶²

Destarte, com o reconhecimento da terceira dimensão dos direitos fundamentais contempla-se o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade. A primeira dimensão seria a dos direitos de liberdade, a segunda dos direitos de igualdade e a terceira dos direitos de fraternidade (ou solidariedade).⁶³

2.5

O Estado Regulador e os Direitos Fundamentais

O Estado Prestador, mesmo que considerados os inúmeros benefícios gerados, revelou-se incapaz de cumprir com todos os objetivos a que se propôs, culminando na chamada crise fiscal do modelo providência, motivada por inúmeros fatores, em especial pela multiplicação da população e pela ausência de verba correspondente às necessidades sociais.⁶⁴

A crise fiscal, conforme salienta Marçal Justen Filho, “significou não apenas a suspensão de novos e ambiciosos projetos relacionados ao bem comum como também limitações muito mais imediatas”. Sem recursos para manter as conquistas anteriores (serviços consolidados e indústrias vitoriosas), instaurou-se a deterioração dos serviços e das estruturas estatais.⁶⁵

⁶² Mandado de Segurança n. 22.164-0 SP, relatado pelo Ministro Celso de Mello, DJ 17/11/1995.

⁶³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 57.

⁶⁴ Para Boaventura de Sousa Santos, a crise fiscal do Estado de Bem-Estar conduziu à defesa de redução das dimensões do Estado e de sua intervenção direta no âmbito econômico e social. (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice: o Social e o Político na Pós-Modernidade*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000, p. 255.) Nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho chega a suscitar um repensar na função prestacional do Estado, nos seguintes termos: “Foi aliás a obrigação de atender a esses direitos que ditou a expansão dos serviços públicos, dos anos vinte para a frente. Isso gera pesados encargos diretamente para o Estado e indiretamente para os contribuintes, o que contemporaneamente suscita um repensar a propósito desses direitos. Impõe-se a pergunta: até que ponto o Estado deve dar o atendimento a esses direitos, até que ponto deve apenas amparar a busca do indivíduo pelo atendimento desses direitos?”. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 51.)

⁶⁵ Nas palavras de Marçal Justen Filho: “O Estado Providência gerou benefícios e vantagens que redundaram na multiplicação da população, o que não foi acompanhado

Passou-se, por essa forma, a suscitar um novo modelo de atuação estatal que se caracteriza pela utilização da competência normativa para disciplinar a atuação dos particulares. Por meio da competência regulatória, o Estado não mais intervém diretamente na prestação de determinadas atividades, mas indiretamente, via normativa, no mercado. A definição de regulação é explicitada por Carlos Ari Sunfeld nos seguintes termos:

A regulação é – isso, sim – característica de um certo modelo econômico, aquele em que o Estado não assume diretamente o exercício de atividade empresarial, mas intervém enfaticamente no mercado utilizando instrumentos de autoridade. Assim, a regulação não é própria de certa família jurídica, mas sim de uma opção de política econômica.⁶⁶

Para Marçal Justen Filho, nesse novo modelo, o Estado somente deve atuar diretamente nas atividades em que sejam colocados em risco valores essenciais ou para propiciar sua plena realização, quando do desinteresse da iniciativa privada.⁶⁷

Como características do Estado Regulador, destaca o autor: i) alteração do âmbito de abrangência das atividades sujeitas aos regimes de Direito Público e de Direito Privado, possibilitando aos particulares disputa em regime de mercado de atividades até então monopolizadas pelo Estado; ii) inversão da relevância do instrumento interventivo, privilegiando a competência regulatória ao invés da atuação direta estatal no domínio econômico, somente sendo admitida excepcionalmente tal atuação; iii) intervenção regulatória não mais restrita a atenuar ou eliminar defeitos de mercado, entretanto apta a

da modificação dos mecanismos de seu financiamento. Apenas para dar um exemplo, os limites de aposentadoria compulsória por idade não foram modificados, mesmo em face do que se poderia identificar como “rejuvenescimento da velhice” ou “adiamento da ancianidade”. (...) O montante de recursos para previdência vai-se tornando insuficiente, o que provoca aviltamento de condições de vida e frustração do cumprimento de compromissos assumidos pelo Estado. (...) Ademais disso, inúmeros outros eventos colaboraram para gerar uma situação de inviabilização econômico-financeira do modelo. A multiplicação da população e a redução da eficiência das atividades desempenhadas diretamente pelo Estado contribuíram decisivamente para o fenômeno denominado ‘crise fiscal’”. (JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Regulatório. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 352-354.)

⁶⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços Públicos e Regulação Estatal. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 23.

⁶⁷ Nessa lógica, entende o autor que “o Estado deve manter sua participação no âmbito de educação e seguridade social, evitando a mercantilização de valores fundamentais”. (JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Regulatório. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 365-366.)

propiciar a satisfação de certos valores de natureza política ou social, inclusive com o regramento atinente a prestação de serviços públicos; e iv) instituição de mecanismos de disciplina permanente e de fiscalização das atividades desempenhadas pelos particulares.⁶⁸

Por outro lado, muitos juristas defendem que a instauração de um modelo de Estado menos atuante poderia representar um significativo retrocesso.⁶⁹ Quanto aos malefícios dessa ideologia neoliberal, leciona Paulo Bonavides:

O Brasil está sendo impelido para a utopia deste fim de século: a globalização do neoliberalismo, extraída da globalização econômica. O neoliberalismo cria, porém, mais problemas do que os que intenta resolver. Sua filosofia do poder é negativa e se move, de certa maneira, rumo à dissolução do Estado nacional, afrouxando e debilitando os laços de soberania e, ao mesmo passo, doutrinando uma falsa despolitização da sociedade. A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. Mas nem por isso deixa de fazer perceptível um desígnio de perpetuidade do *statu quo* de dominação. Faz parte da estratégia mesma de formulação do futuro em proveito das hegemonias supranacionais já esboçadas no presente.⁷⁰

O que se verifica é que a adoção da ideologia neoliberal desprovida de valores éticos, acompanhada de uma globalização econômica desenfreada, pode resultar numa ameaça aos direitos fundamentais, notadamente os de caráter social.

⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Regulatório. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 366-367.

⁶⁹ Ana Cláudia Finger, por exemplo, argumenta da seguinte maneira: “Ocorre que, na onda das políticas neoliberais, as funções estatais, agora identificadas como gestão e regulação, revelam-se muito distantes dos fins que legitimam a existência do aparelho estatal – a promoção do bem-comum”. (FINGER, Ana Cláudia. Serviço Público: um Instrumento de Concretização de Direitos Fundamentais. In: *Revista de Direito Administrativo*. n. 232. Rio de Janeiro: abr./jun. 2003, p. 77.)

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 570-571. No mesmo sentido, adverte Boaventura de Sousa Santos: “os retrocessos têm assumido várias formas: cortes nos programas sociais; esquemas de co-participação nos custos dos serviços prestados por parte dos utentes; privatização capitalista de certos setores da providência estatal, especialmente no domínio da saúde, da habitação, da educação, dos transportes e das pensões de reforma; transferência de serviços e prestações para o setor privado de solidariedade social mediante convênios com o Estado; mobilização da família e das redes de interconhecimento e de entajuda – o que em geral podemos designar por sociedade providência – para o desempenho de funções de segurança social até agora desempenhadas pelo Estado”. (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice: o Social e o Político na Pós-Modernidade*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000, p. 255.)

É preciso deixar manifesto que embora o intuito seja a implementação de um modelo de Estado menos custoso, tal fato não significa (nem poderia significar) sua desvinculação aos direitos fundamentais. O próprio Estado Regulador, segundo salienta Marçal Justen Filho, deve orientar a atuação dos particulares à realização de valores fundamentais. Para o jurista, permanece a responsabilidade estatal pela promoção do bem-estar, contudo, no modelo regulatório, o Estado, para tanto, pede auxílio para a iniciativa privada.⁷¹

Acrescenta Luís Roberto Barroso que “o Estado ainda é a grande instituição do mundo moderno”. Assim, mesmo em se tratando de um novo modelo estatal, inspirado por uma ideologia neoliberal, não se abandona a função promocional do Estado no que tange à sua imprescindível atuação na entrega de prestações positivas e na proteção dos particulares.⁷²

Percebe-se, diante do exposto, que enquanto para alguns autores o Estado Regulador apresenta-se como uma manifestação do Estado Democrático de Direito, a fim de resolver a propagada crise fiscal; para outros tratar-se-ia de um novo modelo que poderia colocar em risco a proteção dos direitos fundamentais.

De todo modo, não se legitima a consolidação de qualquer modelo ou manifestação de Estado que negue a sua vinculação aos direitos fundamentais, vez que estes constituem direitos essenciais para assegurar a dignidade da pessoa humana, carecedores, portanto, da tutela estatal.

⁷¹ Quanto à vinculação do Estado Democrático de Direito ao modelo regulatório, Marçal Justen Filho aduz: “O Estado Democrático de Direito caracteriza-se não apenas pela supremacia da Constituição, pela incidência do princípio da legalidade e pela universalidade da jurisdição, mas pelo respeito aos direitos fundamentais e pela supremacia da soberania popular. O Direito Regulatório está permeado por essa concepção democrática, que privilegia o cidadão e reconhece o compromisso com a promoção dos valores fundamentais. A consagração desse modelo institucionaliza a atribuição de competências promocionais ao Estado e mobiliza toda a sociedade civil na realização desses valores”. (JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Regulatório. *In*: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 354-357; 379.)

⁷² BARROSO, Luís Roberto. O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público. *In*: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. x.

2.6.

A Permanente Evolução dos Direitos Fundamentais

Nota-se, de qualquer forma, que a evolução dos direitos fundamentais resulta dos clamores da sociedade para a tutela de novos direitos considerados indispensáveis para a dignidade da pessoa humana, relacionada, por subseqüente, com as necessidades sociais aferidas concretamente em determinada época. Rogério Gesta Leal, quanto às espécies de direitos fundamentais advindas das vicissitudes sociais, adverte que “são sempre variáveis e em constante mutação, indo de encontro aos movimentos sociais e políticos emergentes, tutelando esses direitos”.⁷³

Logo, dependendo das mudanças que ocorrerem na sociedade, a luta por direitos será conseqüência da própria conscientização e evolução da humanidade, podendo, destarte, haver o reconhecimento de novos direitos ou tão-somente ser atribuída uma nova feição aos direitos já reconhecidos.⁷⁴

Há quem entenda, inclusive, existir atualmente outras dimensões de direitos fundamentais. Porém, os parâmetros de definição dessas novas dimensões são bastante variados.

Alguns juristas pregam a existência de uma quarta dimensão, que englobaria os direitos de acesso ao uso de novas tecnologias direcionadas à vida humana (biotecnologia e bioengenharia)⁷⁵; e de uma quinta dimensão,

⁷³ LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Humanos no Brasil: Desafios à Democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1997, p. 97. Igualmente relevantes são os ensinamentos de Paulo Bonavides: “A história dos direitos humanos – direitos fundamentais de três gerações sucessivas e cumulativas, a saber, direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos – é a história mesma da liberdade moderna, da separação e limitação de poderes, da criação de mecanismos que auxiliam o homem a concretizar valores cuja identidade jaz primeiro na Sociedade e não nas esferas do poder estatal. (...) Os direitos humanos, tomados pelas bases de sua existencialidade primária, são assim os aferidores da legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais. Onde quer que eles padeçam lesão, a Sociedade se acha enferma. Uma crise desses direitos acaba sendo também uma crise do poder em toda sociedade democraticamente organizada”. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 574-575.)

⁷⁴ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1999, p. 18-19 e 33.

⁷⁵ Cf. LÓPEZ GARRIDO, Diego. *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*. Valência: Tirant lo Blach, 2000, p. 169.

referente aos direitos “advindos das tecnologias de informação (internet), do ciberespaço e da realidade virtual em geral”⁷⁶.

De outro lado, sustenta-se que as novas dimensões abrangem o direito à democracia, à informação e ao pluralismo, teoria essa atribuída a Paulo Bonavides, o qual defende que ao lado da globalização neoliberal, há a globalização política (globalização dos direitos fundamentais, que verdadeiramente diz respeito aos povos pobres), responsável por introduzir os direitos fundamentais de quarta dimensão, constituindo a última fase de institucionalização do Estado Social.⁷⁷ O autor ressalta a importância da democracia como elemento concretizador dos demais direitos:

Na democracia globalizante, o Homem configura a presença moral da cidadania. Ele é a constante axiológica, o centro de gravidade, a corrente de convergência de todos os interesses do sistema. Nessa democracia, a fiscalização de constitucionalidade daqueles direitos enunciados – direitos, conforme vimos, de quatro dimensões distintas – será obra do cidadão legitimado, perante uma instância constitucional suprema, à propositura da ação de controle, sempre em moldes compatíveis com a índole e o exercício da democracia direta. Enfim, os direitos da quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir na liberdade de todos os povos. Tão-somente com eles será legítima e possível a globalização política.⁷⁸

Ingo Wolfgang Sarlet acredita que a proposta de Paulo Bonavides procura uma nova fase dos direitos fundamentais, diferentemente dos que vestem com nova roupagem os clássicos direitos de liberdade (contra manipulação genética, mudança de sexo etc.). Todavia, o magistrado gaúcho deixa claro que, por ora, não passa de uma esperança com relação a um futuro

⁷⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos “Novos” Direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos e LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Os “Novos” Direitos no Brasil: Natureza e Perspectiva; uma Visão Básica das Novas Conflituosidades Jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 15.

⁷⁷ Sustenta o autor: “A democracia positivada enquanto direito da quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. Desse modo, há de ser também uma democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do hermetismo de exclusão, de índole autocrática e unitarista, familiar aos monopólios do poder”. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 571.)

⁷⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 572.

melhor para a humanidade, considerando, por enquanto, como uma dimensão profética.⁷⁹

De todo modo, percebe-se que o reconhecimento de direitos fundamentais é o resultado de reivindicações concretas em prol da existência digna do ser humano, ante as necessidades sociais de cada momento histórico, visualizados sempre de forma integrada, almejando à concretização dos valores da liberdade, da igualdade e da solidariedade.⁸⁰

Ademais, acolhe-se a idéia de expansão, acumulação e fortalecimento dos direitos fundamentais quando de novas conquistas (podendo significar o aparecimento de novas dimensões), afinal, nas lições de Flávia Piovesan, tais direitos apresentam-se essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação. Complementa a autora:

Logo, apresentando os direitos humanos uma unidade indivisível, revela-se esvaziado o direito à liberdade, quando não assegurado o direito à igualdade e, por sua vez, esvaziado revela-se o direito à igualdade, quando não assegurada a liberdade. Vale dizer, sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto que, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos e sociais carecem de verdadeira significação. Não há mais como cogitar da liberdade divorciada da justiça social, como também infrutífero pensar na justiça social divorciada da liberdade. Em suma, todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, em que diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e interdependentes entre si.⁸¹

Ocorre que, apesar de todo o relevo do processo de positivação dos direitos fundamentais, os desafios ainda não acabaram. Ao contrário, faz-se necessário, até mesmo devido à posição privilegiada que ocupam no ordenamento jurídico, evidenciar sua proteção e eficácia, tanto no âmbito

⁷⁹ O autor adverte que, com exceções a algumas hipóteses de participação popular direta no processo decisório, as novas dimensões estão longe da obtenção do reconhecimento no direito positivo interno. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 56-57; 60.)

⁸⁰ Importante ainda acrescentar a relevância das conquistas advindas com a evolução dos direitos fundamentais, conforme ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “A doutrina dos direitos fundamentais revelou uma grande capacidade de incorporar desafios. Sua primeira geração enfrentou o problema do arbítrio governamental, com as *liberdades públicas*, e a segunda, o dos extremos desniveis sociais, com os *direitos econômicos e sociais*, a terceira, hoje, luta contra a deterioração da qualidade da vida humana e outras mazelas, com os *direitos de solidariedade*”. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 15.)

⁸¹ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 29.

interno, quanto no âmbito internacional, para, na seqüência, destacar a vinculação dos Poderes Públicos na realização de tais direitos, em especial mediante a prestação de serviços públicos.

3.

A Proteção Jurídica dos Direitos Fundamentais

Conquanto o processo de construção dos direitos fundamentais tenha ampliado o rol de direitos indispensáveis ao ser humano, deve-se atentar que houve, e infelizmente há, constantes violações a tais direitos, inclusive por parte do Estado, seja na ordem internacional, em especial no período da segunda grande guerra, seja na ordem nacional, notadamente em épocas de governos ditatoriais.

As transgressões ocorreram, e ocorrem, sobretudo, para impor a vontade do que o governante entende por correto, ou ainda, principalmente no que se refere aos direitos fundamentais sociais, pela pretensa insuficiência de meios para efetivação. De qualquer maneira, foi após as barbáries cometidas nas duas grandes guerras que se evidenciou, com maior rigor, a necessidade de conferir maior proteção a tais direitos, tanto por meio de previsão nas Constituições de quase todos os países ocidentais, quanto mediante os tratados internacionais.

Nas palavras de Fábio Konder Comparato: “ao emergir da 2ª Guerra Mundial, após três lutos de massacres e atrocidades de toda sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana”. Como pondera o jurista, o reconhecimento da necessidade de proteção dos direitos fundamentais por parte do Estado confere maior segurança às relações sociais e “exerce, também, uma função pedagógica no seio da comunidade, no sentido de fazer prevalecer os grandes valores éticos, os quais, sem esse reconhecimento oficial, tardariam a se impor na vida coletiva”.⁸²

Importante demonstrar, assim, antes de adentrar ao estudo no ordenamento pátrio, a partir de qual momento houve o entendimento, e o consenso, em torno da tutela aos direitos fundamentais no âmbito internacional e como se dá tal proteção, até porque atualmente eles são visualizados não mais

⁸² COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 54-56.

enquanto competência exclusiva da jurisdição interna do Estado, mas como legítimo interesse da comunidade internacional.

3.1.

Direitos Fundamentais e Direitos Humanos

Embora a denominação não seja o cerne da discussão em torno do tema, consoante já mencionado, merece destaque o vocábulo direitos humanos, utilizado por alguns juristas como sinônimo de direitos fundamentais.

Faz-se aqui a distinção conforme o âmbito espacial de reconhecimento e aplicação das normas que os consagram, pois enquanto os direitos fundamentais consistem naqueles previstos no ordenamento jurídico interno de cada Estado, os direitos humanos são os direitos reconhecidos globalmente, por meio dos documentos internacionais, independentemente da vinculação à ordem jurídica nacional.⁸³ Desse modo, os termos não devem ser utilizados indistintamente, dada a possibilidade de existência de direitos reconhecidos somente nos documentos internacionais, bem como pela possibilidade de haver situação inversa, na qual as normas definidoras de direitos fundamentais sejam mais numerosas que as estipuladas no âmbito internacional.

Há de se considerar, contudo, que o processo de aproximação e harmonização de direitos fundamentais e direitos humanos, corroborado nas Constituições do segundo pós-guerra, realça a íntima relação entre ambos e confirma a tendência do chamado direito constitucional internacional.⁸⁴ Razão pela qual em determinados momentos tais expressões poderão ser utilizadas como sinônimas, quando se referirem a um determinado direito reconhecido tanto no âmbito interno, quanto internacional. A coincidência de ambas denota-se até mesmo na Constituição da República Brasileira, ao incluir no rol de

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. In: *Revista Diálogo Jurídico*. n. 1. Salvador, 2001, p. 31. Porém, tal posição não é pacífica, visto haver quem entenda que a distinção reside no âmbito da positivação. Fábio Konder Comparato, por exemplo, leciona que os direitos fundamentais “são os direitos humanos reconhecidos como tal pelas autoridades, às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior do Estado quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais. Segundo outra terminologia, fala-se em direitos fundamentais típicos e atípicos, sendo estes os direitos humanos ainda não declarados em textos normativos”. (COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 56.)

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 35.

direitos fundamentais os direitos provenientes de tratados internacionais ratificados pelo Estado.⁸⁵

Pelos motivos expostos, sem excluir a possibilidade de serem utilizadas, em determinadas situações, como sinônimas, nesta pesquisa preferiu-se adotar a expressão direitos fundamentais para os direitos previstos no ordenamento jurídico pátrio e direitos humanos para aqueles expressos nos documentos internacionais, ambas diretamente vinculadas à dignidade da pessoa humana, indispensáveis ao exercício pleno da igualdade e da liberdade de todo e qualquer ser humano, condicionando, destarte, a atuação estatal.

3.2.

A Proteção dos Direitos Fundamentais no Âmbito Internacional

3.2.1.

O Desrespeito aos Direitos Fundamentais: O Processo de Internacionalização

A luta pelo reconhecimento de direitos indispensáveis ao ser humano esbarrou no modelo totalitário de progresso adotado por diversos países em meados da década de vinte do século passado, sendo, a partir de então, ocasionadas intensas violações, em especial no período da segunda grande guerra, entre 1.939 e 1.945.⁸⁶

O Estado que acabara de ter redefinido seu papel e ampliado a prestação de serviços, com a importante missão de concretizar a igualdade dos seres humanos, passa a ser o bárbaro transgressor de direitos fundamentais. Conforme assevera José Luiz Quadros de Magalhães, “o Estado Social mal

⁸⁵ Segundo se extrai do §2º do artigo 5º da Constituição, uma vez incorporados no ordenamento constitucional pátrio, os direitos humanos configurar-se-ão, do mesmo modo, direitos fundamentais.

⁸⁶ Nesse período, o indivíduo que se rebelasse contra o regime imposto, ou que não se enquadrasse no objetivo eleito pelo governante (como os judeus, que eram tidos como empecilhos ao objetivo de salvação da raça), era considerado um obstáculo ao progresso, sofrendo perseguições e tendo seus direitos mutilados. (TRINDADE, José Damiano de Lima. *Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998, p. 155-156.)

nascera e já cede lugar a um outro modelo de Estado: opressor e violento, onde os Direitos Individuais, Sociais e Políticos são ignorados”.⁸⁷

As inúmeras, e cruéis, violações ocorridas aclamavam a necessidade de uma ação internacional que buscasse a responsabilização do Estado quando as instituições nacionais se mostrassem falhas, começando o movimento de internacionalização dos direitos humanos. Iniciou-se a discussão em torno da criação de um sistema internacional de proteção.

Tal sistema, designado Direito Internacional dos Direitos Humanos, pode ser compreendido como um conjunto de normas bastante diversificadas que estabelece direitos aos seres humanos, independentemente da sua condição nacional. O Direito Internacional dos Direitos Humanos, por intermédio do consenso internacional, tem como objetivo o pleno desenvolvimento da pessoa humana e evidencia uma tentativa de reconstrução dos direitos conquistados no decorrer da história (os quais não foram observados/reconhecidos/aplicados notadamente durante o período da segunda guerra mundial).

A nova concepção de Direito Internacional engloba o indivíduo na condição de sujeito de direito, não mais prevalecendo o dogma de que somente o Estado pode ser configurado sujeito de direito internacional, bem como coloca em xeque a noção de soberania absoluta estatal⁸⁸, admitindo-se ingerência em assuntos internos, tudo pautado na indispensável proteção do ser humano.

A internacionalização dos direitos humanos envolve quatro dimensões, consoante aduz Flávia Piovesan: a) forma um consenso internacional sobre a necessidade de adotar parâmetros mínimos de proteção dos direitos humanos, constituindo um “mínimo ético irreduzível”; b) exalta a relação entre a gramática de direitos e a de deveres, ou seja, os direitos internacionais afirmados aos indivíduos impõem deveres jurídicos aos Estados; c) institui órgãos de proteção, como meio de assegurar a tutela dos direitos assinalados (Comitês, Comissões

⁸⁷ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos Humanos: sua Historicidade, sua Garantia e a Questão da Indivisibilidade*. São Paulo: J. de Oliveira, 2000, p. 33.

⁸⁸ Não obstante se possa compreender que a soberania é plenamente exercida quando da ratificação do tratado. A respeito, Antônio Augusto Cançado Trindade leciona: “Como em outros campos de direito internacional, no domínio da proteção internacional dos direitos humanos os Estados contraem obrigações internacionais no livre e pleno exercício de sua soberania, e uma vez que o tenham feito não podem invocar dificuldades de ordem interna ou constitucional de modo a tentar justificar o não-cumprimento destas obrigações”. (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 47.)

e Cortes); e d) estabelece mecanismos próprios de controle dos direitos que contempla, destacando-se o sistema de petições individuais, as comunicações interestaduais e os relatórios periódicos elaborados pelos próprios Estados-partes.⁸⁹

O processo de internacionalização dos direitos humanos representa um imprescindível complemento à proteção da dignidade da pessoa humana, conferindo aos indivíduos, independentemente da nacionalidade, direitos básicos, os quais impõem deveres ao Estado e, para tanto, estabelece a criação de órgãos e mecanismos de proteção.

3.2.2.

A Sistemática Global de Proteção Internacional dos Direitos Humanos

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, juntamente com os Pactos Internacionais sobre Direitos Civis e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, formam a Carta Internacional dos Direitos Humanos, inaugurando o sistema global de proteção desses direitos.

Além da referida Carta Internacional dos Direitos Humanos, instrumento geral, os Estados têm redigido convenções particulares voltadas à prevenção da discriminação ou à proteção de pessoas ou grupos de pessoas particularmente vulneráveis que necessitam de tutela especial, a exemplo: Convenção Internacional contra o Genocídio, Convenção Internacional contra a Tortura, Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, Convenção Internacional sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher e Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.

Ao lado do sistema global, coexistem os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, mormente na Europa, na América e na África, sem se esquecer da existência de um embrionário sistema árabe e da proposta de formação de um sistema regional na Ásia. Importante ressaltar que os sistemas global e regional apresentam-se complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, visam, no plano internacional, a propiciar

⁸⁹ PIOVESAN, Flávia. A Constituição de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. In: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>. Acesso em 19 de março de 2007.

suplementar a proteção de direitos básicos ao ser humano, conforme apontado no relatório produzido pela *Comission to Study the Organization of Peace*:

Pode ser afirmado que o sistema global e o sistema regional para a promoção e proteção dos direitos humanos não são necessariamente incompatíveis; pelo contrário, são ambos úteis e complementares. As duas sistemáticas podem ser conciliadas em uma base funcional: o conteúdo normativo de ambos os instrumentos internacionais, tanto global como regional, deve ser similar em princípios e valores, refletindo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que é proclamada como um código comum a ser alcançado por todos os povos e todas as Nações. O instrumento global deve conter um parâmetro normativo mínimo, enquanto que o instrumento regional deve ir além, adicionando novos direitos, aperfeiçoando outros, levando em consideração as diferenças peculiares em uma mesma região ou entre uma região e outra. O que inicialmente parecia ser uma séria dicotomia – o sistema global e o sistema regional de direitos humanos – tem sido solucionado satisfatoriamente em uma base funcional.⁹⁰

O propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos que garantam os mesmos direitos é alargar e fortalecê-los, consubstanciando um sistema que melhor resguarde o indivíduo.

A fim de se visualizar tal proteção, passa-se agora à análise do sistema geral, bem como do sistema regional americano, os quais são aplicados subsidiariamente ao ordenamento jurídico brasileiro, conferindo, com isso, maior segurança aos direitos humanos.

3.2.2.1.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos

A Carta das Nações Unidas foi de fundamental importância para o processo de internacionalização dos direitos humanos, na medida em que propugnou a necessidade de defesa e proteção desses.⁹¹ No entanto, um rol de

⁹⁰ Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 224-225.

⁹¹ Com a criação das Nações Unidas, o processo de internacionalização ganha destaque, demarcando “o surgimento de uma nova ordem internacional que instaura um novo modelo de conduta nas relações internacionais, com preocupações que incluem a manutenção da paz e segurança internacional, o desenvolvimento das relações amistosas entre os Estados, o alcance da cooperação internacional no plano econômico, social e cultural, o alcance de um padrão internacional de saúde, a proteção do meio ambiente, a criação de uma nova ordem econômica internacional e a proteção internacional dos direitos humanos”. (PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 124.) Embora a Carta das Nações Unidas não tenha determinado o conteúdo dos direitos humanos, foi fundamental no processo de universalização.

direitos somente foi definido em 1.948, quando da aprovação, em 10 de dezembro, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual é considerada o marco histórico da referida internacionalização.

A Declaração Universal compreende um conjunto de direitos sem os quais um ser humano não consegue desenvolver por completo sua dignidade. Consigna tanto a proteção de direitos políticos e civis, quanto de direitos econômicos, sociais e culturais, como também estabelece uma unidade conceitual, balizada pela universalidade, indivisibilidade e interdependência desses direitos. Segundo ensinamentos de Flávia Piovesan:

Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade dos direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é a garantia para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada.⁹²

Paulo Bonavides destaca que o ano de 1.948 foi de extrema relevância para a nova universalidade dos direitos fundamentais, tanto quanto o ano de 1.789 fora para a velha universalidade de inspiração liberal, assim lecionando quanto à Declaração Universal e a necessidade de comprometimento dos Estados na aplicação das normas naquela consagradas:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem é o estatuto de liberdade de todos os povos, a Constituição das Nações Unidas, a carta magna das minorias oprimidas, o código das nacionalidades, a esperança, enfim, de promover, sem distinção de raça, sexo e religião, o respeito à dignidade do ser humano. A Declaração será porém um texto meramente romântico de bons propósitos e louvável retórica, se os Países signatários da Carta não se aparelharem de meios e órgãos com que cumprir as regras estabelecidas

⁹² PIOVESAN, Flávia. Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: A Convenção Americana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio e PIOVESAN, Flávia (Coords.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 18. As características dos direitos humanos encontram-se previstas no § 5º da Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, *in verbis*: "Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais".

naquele documento de proteção dos direitos fundamentais e sobretudo produzir uma consciência nacional de que tais direitos são invioláveis.⁹³

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a Declaração de 1.948 é “uma síntese em que lado a lado se inscrevem os direitos fundamentais, ditos de primeira geração – as *liberdades* –, e os da segunda geração – os *direitos sociais*.” Acrescenta o autor que os direitos sociais previstos resumem-se no direito a um nível de vida adequado.⁹⁴

O artigo 55 da Carta da ONU estabelece que os Estados-partes devem promover a proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais, os quais foram definidos e fixados por intermédio da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Todavia, sob um enfoque legalista, a Declaração Universal, por não assumir forma de tratado, não apresenta força jurídica obrigatória e vinculante, servindo somente como código comum, reconhecedor universal de direitos do homem, a ser seguido por todos os Estados.⁹⁵

Nesse sentido, com o intuito de assegurar o reconhecimento e a observância universal dos direitos nela previstos, foram elaborados, no âmbito das Nações Unidas, dois importantes tratados internacionais: o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, os quais incorporam e ampliam os direitos expressos na Declaração Universal.⁹⁶

⁹³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 578.

⁹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 53.

⁹⁵ A ausência de juridicidade da Declaração reside no fato de ter ela sido adotada sob a forma de resolução. (Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 137.)

⁹⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 152.

3.2.2.2.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

Devido ao enfoque conferido nesta pesquisa aos direitos sociais,⁹⁷ cabe tecer algumas considerações a respeito do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o qual, juntamente com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, foi adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1.966, tendo como função o desenvolvimento do conteúdo da Declaração Universal de 1.948.

Antes, porém, importante relatar o intenso debate existente quando da elaboração dos mencionados pactos, pois inicialmente a Comissão de Direitos Humanos da ONU preparou, até pelas características de indivisibilidade e unidade desses direitos, um único projeto, o qual abarcava os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Foi por influência de países ocidentais que a Assembléia determinou a elaboração de dois instrumentos.⁹⁸

A argumentação utilizada pelos países ocidentais já demonstrava o problema que vem se enfrentando atualmente no tocante à eficácia dos direitos de segunda dimensão, notadamente diante da assertiva de que a implementação de tais direitos demanda realização progressiva, não sendo, portanto, auto-aplicáveis como os direitos civis e políticos. Ademais, sob esse mesmo argumento, alguns Estados pretendiam a criação de um Comitê que fiscalizasse apenas as denúncias de violações aos direitos de primeira dimensão, vez que tal órgão era considerado inadequado em se tratando de direitos econômicos, sociais e culturais.

⁹⁷ Em breves linhas, tem-se que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos ampara os seguintes direitos: à autodeterminação dos povos (art. 1º); à igualdade (arts. 2º e 3º); à suspensão temporária do exercício dos direitos humanos somente quando de ameaça à existência da nação (art. 4º); à vida (art. 6º); à não-submissão à tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (art. 7º); à liberdade no que tange à proibição de escravidão, servidão ou execução de trabalhos forçados (art. 8º); à liberdade e segurança pessoais (art. 9º); à livre circulação pessoal (art. 12); ao reconhecimento de sua capacidade jurídica (art. 16); à privacidade (art. 17); à liberdade de pensamento, de consciência e de religião (art. 18); à reunião pacífica (art. 21); à livre associação (art. 22); a constituir família (art. 23); à proteção à criança (art. 24); à participação política (art. 25); à proteção da lei (art. 26); ao respeito às minorias (art. 27) etc.

⁹⁸ Ressalta-se que a Assembléia, embora influenciada pelos países ocidentais desenvolvidos, propôs a aprovação e assinatura simultânea de ambos, enfatizando a unidade dos direitos neles previstos. (PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 154-155.)

Em resposta, receosos que a elaboração de distintos pactos significasse uma deferência aos direitos econômicos, sociais ou culturais, os países socialistas afirmaram que dependendo do regime adotado pelo Estado, a programaticidade poderia estar presente nos direitos de primeira dimensão e a auto-aplicabilidade nos demais direitos.⁹⁹

Assim, a elaboração de dois distintos instrumentos foi ocasionada por motivos diplomáticos, haja vista que os países ocidentais desenvolvidos pretendiam tão-somente o reconhecimento dos direitos de primeira dimensão, enquanto os países ditos subdesenvolvidos (em especial países do bloco comunista e jovens países africanos) almejavam destacar os direitos econômicos, sociais e culturais.

Com essa cisão, prevalecendo a teoria dos países ocidentais, estabeleceu-se que o Estado-parte compromete-se a respeitar, imediatamente, os direitos previstos no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Entretanto, sua obrigação é mais tênue em se tratando dos direitos de segunda dimensão, comprometendo-se tão-somente a adotar as medidas progressivas para o atendimento dos direitos consignados no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais já em seu preâmbulo evidencia a necessidade de o Estado criar condições para que o ser humano goze de seus direitos econômicos, sociais e culturais.¹⁰⁰ Busca-se, destarte, a melhoria da qualidade de vida das pessoas carentes, por meio da concretização de políticas públicas, coordenadas entre si, principalmente no campo do trabalho, da saúde, da educação, da habitação popular e da previdência social. Fábio Konder Comparato, ao diferenciá-lo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, argumenta:

Num caso, pois, defesa contra a oligarquia política; no outro, luta contra a dominação de classe. Em razão disso, a posição do Estado, como sujeito passivo da relação jurídica, passa de um pólo a outro. Para a fruição das liberdades civis, o que se exige é a abstenção estatal: as violações de direitos, nesse campo, ocorrem por interferências abusivas do Poder Público na vida privada e no exercício dos direitos políticos. Relativamente aos direitos

⁹⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 155.

¹⁰⁰ Nos termos do preâmbulo do mencionado Pacto: "Reconhecendo que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos..."

declarados no presente Pacto, ao contrário, a antijuridicidade consiste na inércia estatal, na negligência ou recusa dos órgãos públicos em limitar ou controlar o poder econômico privado.¹⁰¹

Em linhas gerais, tal Pacto ampara: a autodeterminação dos povos, visando a que cada povo possa assegurar livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural (art. 1º); a igualdade entre os sexos (art. 3º); a restrição a direitos somente de acordo com a lei, exclusivamente com o objetivo de favorecer o bem-estar em uma sociedade democrática (art. 4º); a aplicação da norma mais benéfica, ratificando o entendimento de que as normas internacionais somente incidirão se ampliarem ou acrescentarem direito ao indivíduo (art. 5º); o direito ao trabalho e às justas e favoráveis condições de trabalho (arts. 6º e 7º); o direito de greve e de filiação a sindicato (art. 8º); o direito à previdência social e ao seguro social (art. 9º); a proteção e a assistência à família, matrimônio, filhos, criança e adolescente (art. 10); o direito a um nível de vida adequado, incluindo alimentação, vestimenta e moradia (art. 11); o direito à saúde física e mental (art. 12); o direito à educação, destacando a obrigatoriedade quanto à instrução primária e a progressividade quanto aos demais níveis educacionais e ressaltando a liberdade de educação religiosa e moral (art. 13); e, o direito à participação na vida cultural e a desfrutar do progresso científico, determinando, dessa forma, a difusão da ciência e da cultura (art. 15).

Ademais, seguindo a idéia de progressividade, em seu artigo 16, o Pacto dos direitos de segunda dimensão estabelece que os Estados-partes devem apresentar relatórios sobre as medidas que tenham adotado e sobre o progresso obtido ante a satisfação dos direitos nele expressos.

Fábio Konder Comparato correlaciona o compromisso assumido no tocante aos direitos fundamentais sociais com a obrigação de meio (da doutrina do direito privado), enfatizando que não é pelo fato de a proteção não ser tão incisiva quanto a referente aos direitos civis e políticos, que o Estado-parte pode descumpri-la, assim explanando:

A distinção de regime jurídico entre essas duas espécies de obrigação diz respeito ao ônus da prova: enquanto nas obrigações de resultado, deixando este de se verificar compete ao devedor provar que não é responsável em razão da ocorrência de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva de terceiro, nas obrigações de mera diligência compete ao credor demonstrar que

¹⁰¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 336.

o devedor agiu negligentemente, ou sem competência técnica. (...) Por conseguinte, uma das medidas de controle internacional da aplicação do Pacto deveria consistir na verificação, pela Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, da diligência de cada Estado-Parte em realizar, a tempo e a modo, as políticas públicas conducentes à eliminação das grandes carências econômico-sociais de seus povos, prevendo-se a aplicação de sanções adequadas aos Estados julgados culpados de negligência.¹⁰²

Devido aos compromissos assumidos pelo Estado brasileiro quando da ratificação do mencionado Pacto, tem-se que a observância e aplicação dos direitos nele previstos não são meros compromissos morais ou políticos, são, ao contrário, deveres jurídicos.¹⁰³ A questão da progressividade quando se trata de direitos econômicos, sociais e culturais não retira a obrigatoriedade em sua efetivação, ainda mais quando o artigo 16 do Pacto determina a apresentação de relatórios para aferição das medidas adotadas pelo Estado-parte, demonstrando, com isso, a preocupação internacional no tocante à concretização dos direitos de segunda dimensão.

3.2.3.

O Sistema Regional Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos

O sistema interamericano de direitos humanos originou-se quando da aprovação, entre Estados da região, da Carta da Organização dos Estados Americanos e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, em 1.948.

A Carta da Organização dos Estados Americanos revela sua importância na medida em que afirma o dever de respeito aos direitos humanos por parte de todo Estado-membro da organização, a qual assenta, inclusive, em seu preâmbulo, os valores da liberdade e da justiça social. Assevera, também, que sua existência resulta do convencimento de que i) a missão histórica da América é oferecer ao Homem uma terra de liberdade e um ambiente favorável ao desenvolvimento de sua personalidade e à realização de suas justas aspirações; ii) a democracia representativa é condição indispensável para a estabilidade, a paz e o desenvolvimento da região; e, iii) o verdadeiro sentido da

¹⁰² COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 341-342.

¹⁰³ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 342.

solidariedade americana e da boa vizinhança não pode ser outro senão o de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade individual e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do Homem.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, por seu turno, proporciona um rol de direitos que devem ser reconhecidos e garantidos pelos Estados-partes, destacando a finalidade primordial da Constituição, qual seja: a proteção dos direitos essenciais do ser humano e a criação de circunstâncias que permitam a consolidação material e espiritual da felicidade.

Por essa forma, ambos os documentos foram responsáveis pelo desenvolvimento do sistema internacional de proteção de direitos na América, com a criação de órgãos especializados e a aprovação de outros importantes tratados no âmbito regional.

O atual sistema interamericano de proteção é composto, essencialmente, além da Carta da Organização dos Estados Americanos e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, pelos seguintes documentos normativos: Convenção Americana de Direitos Humanos; Protocolo adicional à Convenção Americana relativo aos direitos econômicos, sociais e culturais¹⁰⁴; Protocolo adicional à Convenção Americana relativo à abolição da pena de morte; e Carta Democrática Americana.

O sistema interamericano, igualmente como ocorre no âmbito global, não se esgota no sistema geral. A este, agregam-se convenções especiais dirigidas à tutela de determinadas pessoas ou em determinadas situações, a exemplo da Convenção Americana para Prevenir e Punir a Tortura; da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas; da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; e, da Convenção Interamericana sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiências. Os sistemas geral e especial, no âmbito regional, também se apresentam complementares e têm por finalidade melhor proteger o ser humano.

Sobre a importância da sistemática regional, convém transcrever as lições de Antônio Augusto Cançado Trindade, no sentido de que “a

¹⁰⁴ Observa Fábio Konder Comparato: “A fim de obter a adesão dos Estados Unidos à Convenção, a Conferência de São José da Costa Rica decidiu deixar para um Protocolo à parte a declaração de direitos econômicos, sociais e culturais; Protocolo esse que só veio a ser aprovado na Conferência Interamericana de São Salvador, em 17 de novembro de 1988”. (COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 364-365.)

universalidade é enriquecida pelas particularidades regionais. Dessa maneira, cada sistema regional segue sua própria trajetória histórica, em seu próprio ritmo e atento à realidade de seu continente”.¹⁰⁵

Mister ainda enfatizar a Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada na cidade de San José da Costa Rica, visto ser considerada o documento de maior relevância no âmbito do sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos, bem como o Pacto adicional referente aos direitos econômicos, sociais e culturais, o qual consolida a proteção aos direitos enfocados nesse estudo.

3.2.3.1.

A Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Adicional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

A Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, foi assinada em 1.969, tendo entrado em vigor em 1.978, com o intuito de atender às particularidades da região.¹⁰⁶

Os direitos nela reconhecidos são predominantemente os direitos de primeira dimensão, previstos do artigo 3º ao artigo 25, dentre eles: direito à personalidade jurídica, direito à vida, direito à liberdade, direito à resposta, direito à nacionalidade, direito de participar do governo etc. Apesar de não especificar qualquer direito social, econômico ou cultural, a Convenção Americana determina, por intermédio de seu artigo 26, que os Estados adotem as medidas necessárias para a consecução desses direitos de forma progressiva, na medida dos recursos disponíveis. Dispõe o referido artigo 26, *in verbis*:

Artigo 26 – Desenvolvimento progressivo

Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e

¹⁰⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

¹⁰⁶ Dos trinta e cinco Estados-membros da OEA, vinte e cinco ratificaram a Convenção Americana, sendo que, o Brasil, um dos que mais tardiamente aderiu à Convenção, somente ratificou sua adesão em 25 de setembro de 1.992, por decreto-legislativo, depositando a respectiva Carta no dia 6 de novembro do mesmo ano, pelo Decreto nº 678. A competência jurisdicional da Corte Interamericana, por sua vez, apenas foi reconhecida pelo Estado brasileiro em 1.998, por meio do Decreto Legislativo nº 89, de 03 de dezembro de 1.998.

cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou outros meios apropriados.

A segunda parte da Convenção Americana dispõe acerca do aparato fiscalizador do cumprimento dos direitos por ela enunciados, aparato este composto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Comissão é o órgão que tem como função primordial promover a proteção dos direitos humanos na América, sendo de sua competência, dentre outras, fazer recomendações aos governos dos Estados-partes; solicitar-lhes informações quanto às medidas adotadas para a proteção dos direitos assegurados na Convenção; bem como examinar as comunicações de violações a direitos humanos. A Corte, por seu turno, é o órgão jurisdicional do sistema regional interamericano, de competência consultiva e contenciosa, a qual adotará medidas necessárias, incluindo a condenação de pagamento de uma justa compensação à vítima, à restauração de direitos violados em que seja comprovada a violação pelo Estado-parte.

Importante esclarecer que a Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos adotou, em 1.988¹⁰⁷, um Protocolo Adicional à Convenção referente aos direitos econômicos, sociais e culturais, o qual supre a falta da Convenção Americana e assegura, dentre eles: direito ao trabalho (art. 6º) e a justas condições de trabalho (art. 7º), direitos sindicais (art. 8º), direito à previdência social (art. 9º), direito à saúde (art. 10), direito a um meio ambiente sadio (art. 11), direito à alimentação (art. 12), direito à educação (art. 13), direito aos benefícios da cultura (art. 14), direito à constituição e proteção da família (art. 15), direito da criança (art. 16), proteção de pessoas idosas (art. 17) e proteção de deficientes (art. 18).

Ademais, tendo em vista a futura abordagem referente ao serviço público, imperiosa a menção ao item 1 do artigo 11 do Protocolo de San Salvador, que reconhece a toda pessoa o direito à prestação de serviços públicos básicos.¹⁰⁸

Por fim, há de se mencionar que o preâmbulo da Convenção Americana reitera o que fora consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos no sentido de que só pode ser realizado o ideal do ser humano livre,

¹⁰⁷ Conforme seu artigo 21, o Protocolo entrou em vigor em novembro de 1.999, quando do depósito do 11º instrumento de ratificação.

¹⁰⁸ Artigo 11 – Direito a um meio ambiente sadio. 1. Toda pessoa tem o direito de viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos.

isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como de seus direitos civis e políticos.¹⁰⁹

3.3.

A Proteção Jurídica dos Direitos Fundamentais no Âmbito Interno

3.3.1.

A Constituição da República de 1.988 e a Reconstrução dos Direitos Fundamentais no Brasil

Igualmente a diversos países da Europa e da América Latina, durante as décadas de 70 e 80, o Estado brasileiro foi responsável por inúmeras violações de direitos.¹¹⁰

Desde o Império é possível constatar transgressões aos mais variados direitos do indivíduo; contudo, é no período militar, entre os anos de 1.964 e 1.979, que se verifica a maior experiência de terror e violação. Com a edição do AI-5 e sob sua vigência se praticavam as maiores arbitrariedades a repercutir nos direitos dos indivíduos, os quais se encontravam desprotegidos e submetidos a uma intensa repressão.

Conforme destaca Rogério Gesta Leal, durante o período militar o quadro é de crise geral. O País está sem Constituição legítima; o controle jurisdicional encontra limites no próprio texto constitucional e na ideologia conservadora de grande parte dos juristas brasileiros; inexistente organização partidária autêntica; o Congresso não possui autoridade e nem prerrogativas para restabelecer o equilíbrio dos Poderes, usurpados pelo Executivo militar desde 1.964; o governo se vê diante da desconfiança dos governados, e,

¹⁰⁹ A integração entre o sistema global e o regional de proteção dos direitos humanos denota-se também pela similitude dos princípios consagrados na Convenção Americana e na Declaração Universal.

¹¹⁰ As crises que se manifestaram - como, por exemplo, no Brasil, em 1.964, na Argentina, em 1.966, e no Chile, em 1.973 - são o resultado de uma incompleta e demorada queda dos regimes autoritários na América Latina. Somente em 1.982 iniciam-se as transições políticas, começando pela Bolívia, depois pela Argentina, posteriormente pelo Brasil e Uruguai, e, finalmente, Paraguai, em 1.989, e Chile, em 1.990.

conseqüentemente, sem apoio para debelar os efeitos da crise que ele mesmo gerou.¹¹¹

Em 1.988, a Constituição da República Federativa do Brasil, aspirando transformar o regime autoritário até então vigente em um regime democrático, confere singular atenção aos direitos fundamentais.¹¹²

O próprio preâmbulo, no qual constam os objetivos e finalidades da Constituição,¹¹³ ratifica a tutela para com tais direitos na medida em que institui um Estado Democrático e proclama como seu desiderato “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (...)”.

Em seu primeiro artigo, estabelece como fundamentos da República Federativa do Brasil, dentre outros, a dignidade da pessoa humana, a cidadania e os valores sociais do trabalho. E, ao consignar os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, no artigo 3º, propugna: construir uma sociedade livre, justa e

¹¹¹ LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Humanos no Brasil: Desafios à Democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1997, p.127.

¹¹² Embora o foco resida na atual Constituição Brasileira, importante mencionar, ao menos brevemente, que sempre houve, em maior ou menor medida, o reconhecimento de direitos fundamentais sociais pelas demais Constituições. Desde a Constituição de 1.824 houve a previsão de direito social, qual seja a gratuidade do ensino público. Aliás, José Afonso da Silva considera a Carta de 1.824 a primeira do mundo a positivar os direitos fundamentais, conferindo-lhes concreção jurídica efetiva. (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 170.) A segunda Constituição brasileira, promulgada em 1.891, consagrou a democracia como regime político que melhor ampara os direitos do homem. A Constituição de 1.934 trouxe significativos avanços ao criar a Justiça do Trabalho e reconhecer, em títulos próprios, direitos econômicos e sociais do homem (Título IV) e proteção à família, educação e cultura (Título V). A Constituição de 1.946 estabeleceu, de forma ainda mais estruturada, direitos econômicos e sociais (Títulos V) e proteção à família, educação e cultura (Títulos VI). Esta Constituição, segundo Luís Roberto Barroso como declaração de direitos e de diretrizes econômicas e sociais, foi ágil e avançada, “em sua face mais virtuosa, continha ampla e moderna enunciação dos direitos e garantias individuais, bem como regras atinentes à educação e à cultura, e, muito especialmente, dos princípios que deveriam reger a ordem econômica e social”. (BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 27.) Idêntica previsão constou da Constituição de 1.967, havendo o reconhecimento de direitos econômicos e sociais (Títulos III) e de proteção à família, educação e cultura (Títulos IV). A Emenda Constitucional nº 1 de 1.969 não alterou a sistemática de direitos fundamentais prevista na Constituição de 1.967.

¹¹³ MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 15.

solidária; promover o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.¹¹⁴

Destarte, percebe-se que o Estado assume o importante papel de agente transformador da realidade, e não meramente observador e garantidor das liberdades individuais (como se pretendeu outrora). A fim de se efetivar a dignidade da pessoa humana, a Constituição inova ao evidenciar que, para a implementação dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, são necessárias prestações positivas do Estado.

Confirmando a significativa importância e prevalência em um Estado de Direito, a Constituição não apenas estabelece um título específico para tutelar os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, como também o insere logo em seu início. É a primeira vez que os direitos fundamentais estão dispostos no começo da Constituição da República Brasileira, antes das normas organizatórias do Estado. Para Daniel Sarmento, tal inversão não foi mera coincidência; é “sintoma de uma opção do constituinte, que adotou a idéia de que os direitos fundamentais não são dádivas do poder público, mas, a projeção normativa de valores morais superiores ao próprio Estado”.¹¹⁵

O artigo 5º assevera que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, e reconhece aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, trazendo um rol, em setenta e sete incisos, de direitos e garantias ao indivíduo.

Interessante mencionar que tal artigo, em seus parágrafos 1º a 3º, consigna relevantes instrumentos direcionados à tutela dos direitos do homem, os quais serão aprofundados em momento oportuno, *in verbis*:

¹¹⁴ Nas palavras de José Afonso da Silva: “É a primeira vez que uma Constituição assinala, especificamente, objetivos do Estado brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e, entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 105-106.)

¹¹⁵ SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos versus Interesses Privados: na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstituindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 102-103.

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.¹¹⁶

Verifica-se que além da busca pela imediata aplicação das normas definidoras de direitos fundamentais, a Constituição da República consolida uma intensa integração entre o sistema interno e o sistema internacional de proteção do ser humano.

Aliás, importante lembrar que a Constituição inova também ao elencar, em seu artigo 4º, a prevalência dos direitos humanos como princípio fundamental a reger a República Federativa do Brasil nas relações internacionais. Princípio este que implica tanto a orientação de elaboração e integração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, quanto o compromisso em adotar uma posição política antagônica aos Estados em que os direitos humanos sejam violados.¹¹⁷

A Constituição Brasileira de 1.988 representa, portanto, um marco no processo de incorporação do Direito Internacional dos Direitos Humanos e de seus importantes instrumentos.¹¹⁸ A partir de então, inspirado pelos valores e princípios nela consagrados, inúmeros documentos internacionais de proteção são ratificados pelo Brasil. Destaca Antônio Augusto Cançado Trindade:

No Brasil houve efetivamente uma mudança fundamental - e não há como negá-la - da atitude que prevaleceu durante o regime militar (1964 - 1985) para a que hoje (a partir de 1985) predomina em nosso país, no tocante à proteção internacional dos direitos humanos. Tanto é assim que mesmo os que antes,

¹¹⁶ Ainda, o § 4º do artigo 5º determina que o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional, a cuja criação tenha manifestado adesão.

¹¹⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

¹¹⁸ Iniciando o processo de democratização, em 1.984, o País ratifica a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher. Embora esse seja considerado o marco histórico no processo de incorporação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, já neste momento, o Brasil havia ratificado os seguintes instrumentos internacionais de direitos humanos: a) Carta das Nações Unidas, ratificada pelo País em 21 de setembro de 1.945; b) Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada em 10 de dezembro de 1.948; c) Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, em 04 de setembro de 1.951; d) Convenção sobre Todas as Formas de Discriminação Racial, em 27 de março de 1.968.

no *ancien regime*, se opunham categoricamente à adesão do Brasil aos tratados gerais de proteção dos direitos humanos, imbuídos de um 'pseudo-constitucionalismo' estéril que pretendia fazer abstração do regime a que servia, hoje se aliam, convertidos, ao consenso arduamente formado (ainda que tardiamente) em prol da causa da proteção internacional, em nome do mesmo 'constitucionalismo'.¹¹⁹

A Constituição da República, ademais, além de manter a tradição das Constituições anteriores trazendo um título próprio para disciplinar a ordem social, é a primeira, dentre as brasileiras, a incluir os direitos sociais no rol de direitos e garantias fundamentais.¹²⁰ Dispõe o artigo 6º que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção da maternidade e da infância, e a assistência aos desamparados. Paralelamente, o artigo 7º estabelece, em rol exemplificativo, com 34 incisos, diversos direitos aos trabalhadores urbanos e rurais, visando à melhoria da respectiva condição social.

A preocupação em torno da proteção dos direitos fundamentais foi tão significativa que o Constituinte originário impediu, como se denota do §4º do artigo 60 da Constituição de 1.988, qualquer supressão desses direitos, inclusive pelo Constituinte derivado. Os direitos fundamentais fazem parte do núcleo irreformável do ordenamento constitucional, constituindo-se cláusulas pétreas.

Tamanha proteção dos direitos fundamentais (ao todo sete artigos, seis parágrafos e cento e nove incisos, sem se mencionar os direitos fundamentais dispersos pelo restante do texto constitucional), salienta o procedimento analítico da Constituição e corrobora o propósito de salvaguardar os direitos conquistados pela sociedade, até mesmo em face do legislador infraconstitucional.¹²¹ Percebe-se, desse modo, a especial atenção dada pelo Constituinte aos direitos e garantias fundamentais do ser humano em suas diversas dimensões, sejam

¹¹⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos - Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 622-623.

¹²⁰ Nas palavras de Flávia Piovesan: "Trata-se da primeira Constituição brasileira a integrar, na declaração de direitos, os direitos sociais, tendo em vista que nas Constituições anteriores as normas relativas a estes direitos encontravam-se dispersas no âmbito da ordem econômica e social (...) a Carta acolhe o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, pelo qual o valor da dignidade se conjuga ao valor da igualdade, não havendo como divorciar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade". (PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 33-34.)

¹²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 69.

estes decorrentes expressamente do texto constitucional, do regime e dos princípios por ele adotados, ou de acordos internacionais ratificados pelo País.

3.3.2.

A Proteção dos Direitos Fundamentais Sociais

Além da relevante inserção de direitos sociais como fundamentais¹²², consoante verificado acima, a Constituição também denota em outras ocasiões a preocupação para com esses direitos.

O artigo 193, inserido no Título VIII, evidencia que a ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais. No decorrer deste Título, intitulado “Da Ordem Social”, são consagrados vários direitos, notadamente destinados a assegurar pretensões relativas à saúde, à previdência e assistência social, à educação, à cultura, ao desporto, à ciência e tecnologia, à comunicação social, ao meio ambiente, à proteção da família, criança, adolescente e idoso, e aos índios. O próprio artigo 170, previsto no Título VII (“Da Ordem Econômica e Financeira”), consigna que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, segundo os ditames da justiça social.

Imperioso mencionar, ainda, que a Constituição da República de 1.988, por meio das Emendas Constitucionais de números 14/1.996 e 29/2.000, determinou a vinculação de receitas na área de educação pública e serviços públicos de saúde, respectivamente.

No âmbito social também merecem destaque as seguintes Emendas Constitucionais: nº 30/2.000 (flexibilização do cumprimento de precatórios judiciais), nº 31/2.000 (criação do Fundo de Combate e Erradicação de Pobreza), e nº 42/2.003 (Reforma Tributária, com autorização – conforme dispõe o artigo

¹²² Na seção intitulada “Direitos Fundamentais” a Constituição da República, em seus artigos 6º e 7º, enumerou os direitos sociais, pelo que os mesmos são denominados direitos fundamentais sociais. Conforme assevera Clèmerson Merlin Clève: “é evidente que esses direitos residem na Carta de 1988 por conta de uma demanda social, intransigente, democrática, radical, que se expressou por meio de movimentos sociais e que conseguiu convencer o Congresso Constituinte. São, portanto, expressão de uma luta, de uma árdua luta, que não acabou no momento da promulgação da Constituição de 5 de outubro de 1988. Sim, pois a luta agora é pela efetividade desses direitos”. (CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Desafio da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. n. 3. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003, p. 293-294.)

204 – para vinculação de receita a programa de apoio à inclusão e promoção social).

Ademais, ressaltam-se os avanços realizados pelo legislador na regulamentação dos direitos fundamentais sociais, em especial por meio das Leis: 8.080/1.990 (regulamentação do Sistema Único de Saúde), 8.742/1.993 (regulamentação da assistência social), 9.313/1.996 (fornecimento de medicamentos para portadores do vírus HIV), 9.961/2.000 (regulamentação da Agência Nacional da Saúde), 10.219/2.001 (programa bolsa-escola), 10.741/2.003 (estatuto do idoso), 10.835/2.004 (renda básica de cidadania), e 10.836/2.004 (programa bolsa-família).

Nota-se, com isso, significativa preocupação do legislador na proteção dos direitos fundamentais sociais, seja ao vincular o orçamento ou ao regular questões sociais específicas.

Por outro lado, tendo em vista a proteção de um direito materializar-se mediante a instituição de uma garantia, fundamental a referência a respeito das garantias dos direitos fundamentais.

Inicialmente, cabe lembrar que direito não é sinônimo de garantia, eis que esta salvaguarda aquele. Jorge Miranda destaca as diferenças entre ambos da seguinte forma:

Os direitos representam por si só certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexos que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.¹²³

As garantias giram em torno do indivíduo, da liberdade e, após o século XX, da instituição, estando relacionadas aos modos de atuação do Estado na proteção dos direitos, seja ativa (atuação estatal) ou passivamente (abstenção estatal). Nesse sentido, enquanto os direitos são disposições declaratórias, as garantias são disposições assecuratórias.

Nas primeiras constituições, tendo em vista a doutrina liberal que lhes inspirava, a noção de garantia estava restrita à proteção dos direitos individuais e era compreendida enquanto tutela do indivíduo frente aos abusos do

¹²³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Ed. Coimbra, 1988, p. 88-89.

governante (garantias contra o Estado). Com a ascensão do Estado Social, passa-se também à concepção de garantias constitucionais pelo Estado, a fim de que este cumpra com sua função provedora.

As garantias constitucionais são garantias da própria Constituição (como, por exemplo, o mecanismo de reforma constitucional, os regimes excepcionais, o princípio da separação dos poderes, a forma republicana e federativa de Estado) ou dos direitos subjetivos expressos na Constituição (doutrinariamente designados de remédios constitucionais). Dessa maneira, compatibiliza-se o Estado Social com o Estado Democrático de Direito e se legitima a atuação estatal, ora preservando a Constituição, ora protegendo os direitos fundamentais.¹²⁴

Paulo Bonavides enfatiza a importância das garantias, considerando-as indispensáveis à concretização dos direitos:

Sem as garantias constitucionais os direitos contidos em declarações formais cairiam no vazio das esferas abstratas, ou perderiam o fio institucional de contato com a realidade concreta, aquela que deverá propiciar em termos de eficácia a fruição completa das liberdades humanas. De nada valeriam os direitos ou as declarações de direitos se não houvesse pois as garantias constitucionais para fazer reais e efetivos esses direitos. A garantia constitucional é, por conseguinte, a mais alta das garantias de um ordenamento jurídico, ficando acima das garantias legais ordinárias, em razão da superioridade hierárquica das regras da Constituição, perante as quais se curvam, tanto o legislador comum, como os titulares de qualquer dos Poderes, obrigados ao respeito e acatamento de direitos que a norma suprema protege.¹²⁵

Dada a natureza jurídica das normas definidoras de direitos fundamentais sociais e considerando o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, pelo qual nenhuma lesão ou ameaça de lesão ficará sem sua apreciação, tem-se que essas normas também são passíveis de controle judicial.¹²⁶ Convém, assim, mencionar a sistemática de garantia desses direitos no ordenamento pátrio.

A Constituição da República de 1.988 prevê, segundo ensina José Afonso da Silva, as seguintes garantias referentes aos direitos fundamentais

¹²⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 532-533; 550.

¹²⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 532.

¹²⁶ Inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

sociais: i) tutela jurisdicional do trabalhador, considerado hipossuficiente por estar mais desamparado, mediante a institucionalização de uma Justiça do Trabalho; ii) sindicalização e direito de greve, visando ao atendimento dos direitos dos trabalhadores à melhoria da condição de trabalho; iii) fonte de recursos para a seguridade social, com aplicação obrigatória nas ações e serviços de saúde e às prestações previdenciárias e assistenciais (artigos 194 e 195 da Constituição da República); reserva de recursos orçamentários para a educação (artigo 212); apoio, incentivo e proteção dos direitos culturais (artigo 215); estudo prévio de impacto ambiental, publicidade e penalizações para consolidar o direito ao meio ambiente (artigo 225, §§1º e 3º).¹²⁷ Ainda, conforme leciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho, no campo dos direitos fundamentais sociais, o Estado propicia a garantia institucional, mediante a prestação de serviços públicos a eles correspondentes.¹²⁸

Afora essas, a Constituição da República, em seus artigos 5º, inciso LXXI, e 103, §2º, prevê duas garantias, quais sejam: a ação de inconstitucionalidade por omissão (a fim de efetivar normas constitucionais, em especial as programáticas) e o mandado de injunção (quando da ausência de norma regulamentadora que seja indispensável para o exercício, dentre outros, dos direitos fundamentais).

Todavia, tais previsões, por si só, não resolvem os problemas decorrentes dos obstáculos aos direitos fundamentais sociais. Como alude Manoel Gonçalves Ferreira Filho, além da experiência prática não ser animadora, a efetivação de direitos sociais, quando reclama a instituição de serviço público, dificilmente pode resultar de uma determinação judicial, pois depende de inúmeros fatores que não se coadunam com o imperativo judicial. Por isso, assenta o jurista, “a inconstitucionalidade por omissão tem sido letra morta e o mandado de injunção de pouco tem servido”.¹²⁹ Fábio Konder Comparato, por sua vez, entende que é preciso alargar a legitimidade ativa para o exercício das garantias processuais seja para organizações não-

¹²⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 467-469.

¹²⁸ Nas palavras do autor: “A garantia que o Estado, como expressão da coletividade organizada, dá a esses direitos é a instituição dos serviços públicos a eles correspondentes. Trata-se de uma garantia institucional, portanto”. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 51).

¹²⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 52.

governamentais ou para indivíduos como representantes de grupo, evidenciando, com isso, a importância da democracia participativa.¹³⁰

José Afonso da Silva salienta a fragilidade do sistema de proteção dos direitos fundamentais sociais; no entanto, constata a evolução no tocante à eficácia desses direitos:

A normatividade constitucional dos direitos sociais principiou na Constituição de 1934. Inicialmente se tratava de normatividade essencialmente programática. A tendência é de conferir a ela maior eficácia. E nessa configuração crescente da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais reconhecedoras de direitos sociais é que se manifesta sua principal garantia. Assim, quando a Constituição diz que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais os expressamente indicados no art. 7º, e quando diz que a saúde ou a educação é direito de todos, e indica mecanismos, políticas, para a satisfação desses direitos, está preordenando situações jurídicas objetivas com vistas à aplicação desses direitos. Mas não é de esquecer-se que o sistema de proteção dos direitos sociais é ainda muito frágil.¹³¹

A ausência ou insuficiência de garantias jurídicas para a concretização dos direitos fundamentais sociais não significa que se está diante de meras exortações à ação estatal. Diante dessa lógica, Fábio Konder Comparato assinala que um dos grandes desafios aos profissionais do Direito é justamente construir mecanismos aptos a propiciar maior efetividade a esses direitos, ou seja, o desafio consiste em estabelecer garantias para sua realização.¹³²

3.4.

O Impacto dos Tratados de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Após o estudo das sistemáticas internacional e nacional de proteção, necessário analisar como o ordenamento jurídico pátrio compatibiliza as normas firmadas no âmbito internacional, confirmando a mencionada complementariedade entre os sistemas, bem como os critérios utilizados para resolução de eventuais conflitos entre tais normas.

¹³⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 339.

¹³¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 467.

¹³² COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 338-339.

A receptividade dos tratados internacionais no ordenamento jurídico pátrio apresenta três aspectos fundamentais, quais sejam: (i) a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, (ii) a respectiva incorporação no ordenamento pátrio e (iii) a harmonização entre as normas internas e internacionais.

O tratado, enquanto acordo internacional juridicamente obrigatório e vinculante, estipula obrigações ao Estado, as quais, após a devida ratificação, ante o princípio da boa-fé internacionalmente consagrado (*pacta sunt servanda*),¹³³ não podem ser descumpridas nem mesmo sob alegação de violação a dispositivo interno, sob pena de responsabilização internacional.¹³⁴ Afinal, consoante indaga Antônio Augusto Cançado Trindade: “Como poderia um Estado-parte em um tratado explicar aos demais Estados-partes a derrogação ou revogação do referido tratado por uma lei? Que segurança jurídica oferecia este Estado no cumprimento de seus compromissos internacionais?”.¹³⁵

Importante mencionar que a observância às normas internacionais deve ocorrer no âmbito dos três Poderes, mediante estabelecimento de políticas públicas, adequação do ordenamento pátrio e aplicação ao disposto nos instrumentos internacionais. Antônio Augusto Cançado Trindade ressalta a necessidade de “uma nova mentalidade, um melhor entendimento das obrigações convencionais de proteção, que abarcam todo e qualquer ato ou

¹³³ A Convenção de Viena, a qual teve como finalidade servir como a Lei dos Tratados, estipula em seu artigo 27: “Uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado”.

¹³⁴ Além de conseqüências morais, políticas e materiais, quando do não cumprimento de normas ratificadas nos documentos internacionais, o Estado pode sofrer o fechamento do acesso a fontes internacionais de financiamento e aos serviços de organismos internacionais. (DALLARI, Dalmo de Abreu. A Luta pelos Direitos Humanos. In: LOURENÇO, Maria Cecília França (Org.). *Direitos Humanos em Dissertações e Teses da USP (1934-1999)*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2000, p. 37.) No mesmo sentido, evidenciando que os tratados possuem força jurídica, e não apenas moral, importante transcrever os ensinamentos de Agustín Gordillo: “Ainda que, por hipótese, não exista uma sanção pontual e específica estabelecida na Convenção para o caso do descumprimento de suas normas, o Tribunal nacional e internacional tem sempre como obrigação mínima invalidar toda atuação ou comportamento estatal ou privado que haja afrontado tais preceitos jurídicos. Se se tratar de um comportamento material, corresponderá ao Tribunal ordenar a cessação do mesmo”. (GORDILLO, Agustín. *Derechos Humanos: Doctrina, Casos y Materiales: Parte General*. Buenos Aires: Fundacion de Derecho Administrativo, 1990, p. 51.)

¹³⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Entrevista. In: *Justiça e Democracia: Revista Semestral de Informação e Debate*. n. 1. 07-17. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

omissão do Estado-Parte, de quaisquer de seus órgãos ou agentes, seja do Poder Executivo, seja do Legislativo, ou do Judiciário”.¹³⁶

Os direitos consagrados nos tratados internacionais de direitos humanos possuem hierarquia de norma constitucional (segundo entendimento, não pacífico,¹³⁷ adotado na presente pesquisa), dada à força expansiva dos valores da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, bem como à disposição contida no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição da República Brasileira, a qual determina que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Nesse contexto, os direitos humanos constantes de tratados em que o Brasil tenha ratificado associam-se ao rol de direitos constitucionalmente consagrados (integrando o chamado “bloco de constitucionalidade”), tendo, portanto, a natureza de direitos materialmente constitucionais.

Paulo Ricardo Schier enumera os seguintes critérios definidores de direitos fundamentais não expressos no catálogo: i) critério da equiparação (aferição de semelhança com a natureza dos direitos fundamentais consagrados no Título II da Constituição da República); ii) critério da vinculação ao princípio da dignidade da pessoa humana; iii) critério da conexão ao conjunto de todos os princípios fundamentais, incluindo, além da dignidade da pessoa humana, a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo.¹³⁸

Ingo Wolfgang Sarlet exemplifica alguns direitos fundamentais encontrados fora do catálogo (Título II da Constituição): o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), as limitações constitucionais ao poder de tributar (art. 150, I a IV), direito ao acesso a cargos públicos (art. 37, I), direito de greve dos servidores públicos (art. 37, VI e VII), direito à previdência

¹³⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em Prol de uma Nova Mentalidade quanto à Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Internacional e Nacional. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu (Org.). *Os Direitos Humanos e o Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 50.

¹³⁷ Menciona-se que além da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, há ainda outras três correntes doutrinárias, entendendo que o tratado possui: i) hierarquia infraconstitucional; ii) hierarquia supraconstitucional; e iii) hierarquia infraconstitucional, porém supralegal.

¹³⁸ SCHIER, Paulo Ricardo. Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo. Disponível em: <http://www.cajur.cjb.net/textos/filtragemconstitucional.htm>. Acesso em: 17 de abril de 2007.

social e à aposentadoria (arts. 201 e 202), direito à saúde (art. 196), direito à educação (art. 206) e direito à proteção das crianças e dos adolescentes.¹³⁹

Considerando fundamentais os direitos expressos em tratados de direitos humanos, tem-se que sua aplicabilidade é imediata, sendo de incorporação automática no ordenamento jurídico interno, independentemente de mediação legislativa, conforme interpretação da norma inserta no parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição da República Brasileira. Nesse sentido, pondera Antônio Augusto Cançado Trindade:

Se para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar as suas disposições, vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos, consoante os arts. 5º (2) e 5º (1) da Constituição brasileira de 1988, passam a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.¹⁴⁰

Devido à aplicabilidade imediata das normas consagradoras de direitos humanos, a partir da ratificação já se pode invocar os preceitos contidos no instrumento internacional, sendo, por exemplo, recorrível qualquer decisão judicial que violar suas prescrições.¹⁴¹ Ressalte-se, inclusive, que, com a ratificação, todos os Poderes do Estado devem atuar de forma a aplicar as normas previstas nos tratados, visando a evitar violações por parte dos particulares ou do próprio Poder Público, garantindo-lhes efetividade.

Além de apresentarem imediata aplicação, não é possível abolir os direitos previstos em tratados internacionais (afinal está-se diante de direitos fundamentais) nem por emenda constitucional, haja vista a configuração de cláusula pétrea que lhes confere maior proteção, nos termos do artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição.¹⁴²

¹³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 123-126.

¹⁴⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A Interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*. vol. 46. n. 182. Brasília: jul./dez. 1993, p. 30-31.

¹⁴¹ Ademais, a vinculação às normas constantes nos tratados internacionais de direitos humanos, atinge os atos legislativos preexistentes, bem como os atos administrativos e judiciais supervenientes. (PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 81.)

¹⁴² PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 75-76. Todavia, há quem defenda o caráter constitucional

Há de se esclarecer que o acréscimo do parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição estabeleceu proteção ainda maior aos direitos decorrentes de tratados internacionais sobre direitos humanos. A partir da mencionada inclusão, coexistem direitos humanos materialmente constitucionais (passíveis do ato de denúncia, ou seja, de retirada, integral ou parcial, do tratado) e direitos humanos material e formalmente constitucionais (equivalentes às emendas constitucionais e, por isso, insusceptíveis de denúncia).

Por fim, quanto à harmonização entre as normas constantes dos tratados de direitos humanos e as normas consagradas no ordenamento jurídico brasileiro, tem-se que o direito expresso em um tratado internacional poderá repetir o direito assegurado internamente;¹⁴³ aperfeiçoá-lo ou expandi-lo;¹⁴⁴ ou, mesmo, contradizê-lo.¹⁴⁵ No primeiro caso, o tratado está a reforçar o direito interno, de tal maneira que eventual transgressão importará em responsabilização interna e internacional; no segundo, em respeito ao princípio da boa-fé, as normas constantes nos instrumentos internacionais passam a ter força obrigatória; no terceiro, a fim de garantir maior proteção aos direitos fundamentais, prevalece a aplicação da norma mais benéfica ao indivíduo.¹⁴⁶

das normas de direitos humanos, mas não compartilhe a tese de que estas são consideradas cláusulas pétreas. Nesse sentido, transcreve-se a opinião de Ingo Wolfgang Sarlet quanto ao poder de reforma constitucional: este “atua sobre a constituição formal, ressalvada a possibilidade de incluir-se no texto constitucional algo que nele não foi expressamente contemplado e que com ele guarda a devida sintonia”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 133.)

¹⁴³ Por exemplo: o artigo 5º, inciso III, da Constituição da República Brasileira estabelece, da mesma forma que o disposto no artigo V da Declaração Universal de 1948, que: “ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento cruel, desumano ou degradante.”

¹⁴⁴ Como exemplos, podem-se citar: o artigo 11 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o qual ampara o direito de toda pessoa a um nível adequado de vida para si próprio e sua família, incluindo alimentação, vestimenta e moradia; e o artigo 38 da Convenção sobre os Direitos da Criança que estabelece o direito da criança menor de quinze anos a não ser recrutada pelas Forças Armadas para participar diretamente de conflitos armados etc.

¹⁴⁵ Típico exemplo é a prisão do depositário infiel, possibilitada pela previsão do artigo 5º, inciso LXVII da Constituição de 1.988, mas proibida frente ao artigo 7º da Convenção Americana.

¹⁴⁶ Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 43-104. Flávia Piovesan destaca: “Acredita-se (...) que conferir hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos, com a observância do princípio da prevalência da normas mais favorável, é a interpretação que se situa em absoluta consonância com a ordem constitucional de 1988, bem como com sua racionalidade e principiologia. Trata-se de interpretação que está em harmonia com os valores prestigiados pelo sistema jurídico de 1988, em especial com o valor da dignidade

A aplicação da norma mais favorável, além de estar consignada nos próprios tratados de direitos humanos (v.g. art. 29 da Convenção Americana) e amparada pelas decisões dos órgãos de supervisão internacionais, é também o critério que mais se coaduna com as normas e valores constitucionais, nos quais se confere primazia à pessoa humana (independentemente da previsão no ordenamento jurídico interno ou internacional).¹⁴⁷

Por subseqüente, os direitos fundamentais sociais previstos nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil apresentam *status* de norma constitucional, aplicabilidade imediata por parte do Poder Público e prevalência em caso de conflito com norma interna menos benéfica.

Contudo, há de se destacar que a luta pelos direitos sociais ainda não acabou. A busca atual, na qual o serviço público denota-se de suma importância (consoante se aprofundará adiante), é pela efetividade desses direitos.

humana – que é valor fundante do sistema constitucional”. (PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 64.)

¹⁴⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 100.

4.

A Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais

A Constituição da República Brasileira, no §1º de seu artigo 5º, ao estabelecer que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, corresponde a uma das mais significativas inovações trazidas pelo Constituinte de 1.988, vez que reforça a normatividade de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos essenciais do ser humano.

Frise-se, desde logo, que tal norma não distingue direitos individuais de coletivos; civis e políticos de econômicos, sociais, culturais ou ambientais. O sistema dos direitos fundamentais consagrado na Constituição de 1.988 abrange direitos das diversas dimensões e confere posições jurídicas fundamentais aos indivíduos, que se traduzem em direitos a ações negativas e a ações positivas perante e mediante o Estado.

No entanto, a satisfação dos direitos fundamentais de segunda dimensão encontra maiores obstáculos que os direitos civis e políticos notadamente porque estes, em regra, se realizam independentemente de atividades materiais, tendo a “lei da inércia” a seu favor¹⁴⁸. Há de se sopesar que a efetivação dos direitos fundamentais sociais possui limites de cunho econômico (reserva do possível) e político (discricionariedade na adoção de providências a serem adotadas), o que, por outro lado, não justifica a ausência de sua materialização.

Desse modo, imperioso uma análise mais detida acerca da aplicabilidade desses direitos, em especial da concepção de programaticidade, utilizada, por vezes, como “válvula de escape” ante a inércia de um Poder Público descompromissado com sua implementação.

¹⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 101-102.

4.1.

A Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais

Inicialmente, a doutrina dividiu as normas constitucionais em auto-aplicáveis (ou auto-executáveis) e não-auto-aplicáveis (ou não-auto-executáveis). As primeiras corresponderiam às normas que desde a entrada em vigor poderiam ser aplicadas. As segundas, por outro lado, seriam as normas dependentes de ação legislativa, não se bastando por si mesmas.

O pensamento doutrinário alterou sua concepção e o esquema de bipartição é superado pelo esquema tripartido referente à eficácia das normas constitucionais.¹⁴⁹

José Afonso da Silva distingue normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, porém sujeitas a restrição; e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida (divididas entre as definidoras de princípio institutivo e as definidoras de princípio programático), as quais não receberam do Constituinte normatividade suficiente para a produção plena de seus efeitos e, portanto, dependentes, em geral, de integração infraconstitucional.¹⁵⁰

A respeito, interessante, também, trazer a classificação das normas constitucionais apontada por Maria Helena Diniz, subdividida em: normas de eficácia absoluta, correspondentes às normas intangíveis, contra as quais não há nem o poder de emendar; normas de eficácia plena, as quais se aplicam imediatamente, todavia sujeitas a alteração via emenda constitucional; normas de eficácia relativa restringível, similar à definição de José Afonso da Silva quanto às normas de eficácia contida; e normas de eficácia relativa dependente

¹⁴⁹ Note-se que no caso sob comento trata-se da eficácia jurídica das normas constitucionais, referente, assim, à capacidade de atingir seus objetivos; à aptidão para surtir os efeitos que lhe são próprios. Contudo, a expressão eficácia também é adotada nesta pesquisa em seu aspecto social, concernente à sua aplicabilidade pela sociedade, também denominada efetividade. Neste sentido, consoante lições de Luís Roberto Barroso “a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social”. (BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 79.)

¹⁵⁰ Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

de complementação legislativa, as quais carecem de norma posterior, mas têm eficácia paralisante em relação às normas com elas incompatíveis.¹⁵¹

A eficácia das normas constitucionais, então, depende de seu próprio enunciado, pois embora a Constituição expresse, em seu artigo 5º, §1º, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, há situações em que ela remete à legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas, condicionando a plena eficácia destas ao advento de lei reguladora.¹⁵²

A esse propósito, José Afonso da Silva defende que os direitos fundamentais civis e políticos são de aplicabilidade imediata, enquanto os direitos de segunda dimensão, especialmente os insertos em normas que mencionam uma lei integradora, possuem eficácia limitada, de princípio programático e de aplicabilidade indireta. Entretanto, ressalva o autor que as normas instituidoras de direitos econômicos, sociais e culturais “são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias da democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais”.¹⁵³

Luís Roberto Barroso, por sua vez, entende que os direitos fundamentais sociais podem gerar situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção (o direito de greve); ensejar a exigibilidade de prestações positivas do Estado (diferenciadas quanto ao teor de objetividade, posto que algumas permitem a pronta verificação de seu cumprimento – como é o caso do direito à aposentadoria – enquanto outras não – direito à proteção da saúde); ou ainda contemplar interesses cuja realização dependa da edição de norma infraconstitucional integradora (direito à participação nos lucros, ou resultados). O jurista deixa manifesto que a ausência de prestação sempre será inconstitucional e sancionável, aduzindo que a

¹⁵¹ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

¹⁵² MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: Comentários aos Artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, Doutrina e Jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 42.

¹⁵³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 184.

dificuldade reside na tarefa de determinar se o seu cumprimento é satisfatório (frente às normas de baixo teor de objetividade, conforme mencionado).¹⁵⁴

Dessa forma, mesmo que seja possível classificar normas carecedoras de prestações como normas definidoras de princípio programático, tal programaticidade não pode conduzir à idéia de norma desprovida de juridicidade. As normas que definem direitos sociais não representam mero conselho ao Poder Público, apresentam, ao revés, força imperativa. Regina Maria de Macedo Nery Ferrari evidencia que “as normas constitucionais podem ter estrutura, densidade e função diferenciada, porém a força normativa de tais disposições é sempre a mesma, isto é, à Constituição todos devem obediência: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.¹⁵⁵

Conquanto reconhecesse a existência de normas dependentes de atuação legislativa para o seu pleno exercício, Rui Barbosa já lecionava no sentido de que todas as normas constitucionais, por serem ditadas pela soberania nacional ou popular de seus órgãos, possuíam força imperativa de regras, não podendo ser interpretadas meramente como conselhos, avisos ou lições.¹⁵⁶

Paulo Bonavides destaca que inicialmente os direitos sociais foram postulados em bases programáticas, considerados somente diretrizes com princípios implícitos, programas políticos não-vinculantes dotados de fórmula genérica, vaga e abstrata. Ocorre que, segundo a correta interpretação da norma programática, esta vincula comportamentos públicos futuros, determinando ações legislativas e regulamentando uma certa ordem de relações. Aliás, se assim não se entender, pondera o autor, o próprio Estado Constitucional estará prejudicado, pois a programaticidade sem juridicidade acaba retirando a força normativa constitucional, sendo um obstáculo à democracia, visto que fora da

¹⁵⁴ O autor classifica as normas constitucionais em normas de organização; normas definidoras de direito; e normas programáticas. (Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 88; 102-103.)

¹⁵⁵ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas Constitucionais Programáticas: Normatividade, Operatividade e Efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 251.

¹⁵⁶ BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. II. São Paulo: Saraiva, 1933, p. 489.

Constituição não há como se estabelecer uma ordem jurídica assentada na legalidade e legitimidade do Poder.¹⁵⁷

Na avaliação de José Joaquim Gomes Canotilho, às normas programáticas é reconhecido valor jurídico idêntico aos demais preceitos constitucionais, assim ensinando:

Marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve dizer-se que hoje não há normas constitucionais programáticas. É claro que continuam a existir normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que “impõem uma atividade” e “dirigem” materialmente a concretização constitucional. Mas o sentido destas normas não é o que lhes assinalava tradicionalmente a doutrina: “simples programas”, “exortações morais”, “declarações”, “sentenças políticas”, “aforismos políticos”, “promessas”, “apelos ao legislador”, “programas futuros”, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às “normas programáticas” é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição.¹⁵⁸

Prossegue o autor lusitano explicando que, além da impossibilidade de qualquer atividade legislativa, administrativa ou judicial atentar contra os direitos fundamentais (independentemente de sua plena eficácia), as normas definidoras desses direitos acarretam as seguintes consequências: a rejeição da doutrina tradicional da regulamentação da liberdade (doutrina francesa considerava imprescindível a atuação legislativa para materialização dos direitos fundamentais); a deslocação da doutrina dos “direitos fundamentais dentro da reserva da lei” para a doutrina da “reserva da lei dentro dos direitos fundamentais” (por subsequente, os direitos fundamentais possuem imediata aplicabilidade mesmo contra a lei); e a aplicação de tais direitos inclusive em relação a normas pré-existentes.¹⁵⁹

Esclarece-se, por fim, haver distinção no que tange à estrutura normativa dos direitos de defesa e dos direitos a prestação. Nas normas

¹⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 244-250.

¹⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 209.

¹⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 209-213. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso preleciona que embora não se possa entender que as normas programáticas geram direitos subjetivos aos particulares (à exceção do direito subjetivo negativo – impossibilidade de atentar contra sua finalidade), elas surtem os seguintes efeitos: i) revogam as leis anteriores com ela incompatíveis; ii) vinculam o legislador, de forma permanente, à sua realização; iii) condicionam a atuação da administração pública; e iv) informam a interpretação e aplicação da lei pelo Poder Judiciário. (BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 154.)

definidoras de direitos de defesa é maior o grau de determinidade (ou teor de objetividade), permitindo-se o imediato exercício do direito, diferentemente do que ocorre com a maioria dos direitos a prestação, os quais só podem ser exercitados mediante atuação positiva estatal.¹⁶⁰ Contudo, tendo em vista a Constituição não estabelecer distinção quanto à juridicidade das normas definidoras de direitos fundamentais, tem-se que nenhuma delas deve ser interpretada enquanto mero discurso, e sim como norma jurídica dotada de eficácia vinculante atinente a comportamentos estatais, vinculando a todos os órgãos concretizadores, consoante se aprofundará no próximo capítulo.

4.2.

Restrições aos Direitos Fundamentais

Apesar de ocuparem destaque no ordenamento jurídico nacional, os direitos fundamentais não são absolutos, nem ilimitados, o que redundará na relativização de sua aplicação. Por integrarem um sistema, o qual é dotado da característica de unidade, faz-se necessária a convivência prática dos diversos interesses constitucionais protegidos, determinando-se limitações recíprocas, de maneira a evitar que o abusivo exercício de um direito possa gerar a aniquilação de outro.

A relativização dos direitos fundamentais se encontra presente no artigo 29 da Declaração dos Direitos Humanos, no sentido de salvaguardar os direitos de todos os homens, bem como de satisfazer as exigências presentes em uma sociedade democrática, *in verbis*:

Toda pessoa tem deveres com a comunidade, já que somente nela pode desenvolver livre e plenamente sua personalidade. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades, todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

Por outro lado, como já analisado, há de se ressaltar que nem a construção de um Estado Social e Democrático de Direito conseguiu evitar abusos cometidos pelos exercentes do poder. Destarte, não se permite uma

¹⁶⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Desafio da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. n. 3. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003, p. 295.

ação livre ao legislador (ou, com maior força, ao administrador), impondo-se a observância de certos pressupostos no que diz menção ao estabelecimento de restrições¹⁶¹.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, a restrição aos direitos fundamentais deve atender a determinados requisitos, conforme segue:

Primeiramente, há de se delimitar o âmbito de proteção da norma, por meio da determinação dos bens jurídicos protegidos, da extensão dessa proteção e da verificação se o bem jurídico protegido sofre restrição expressa na Constituição ou se esta autoriza à lei a restrição (afinal, somente serão válidas as restrições nos casos de: a) limites constitucionais imediatos; b) limites estabelecidos por lei autorizados expressamente pela Constituição; c) limites imanentes ou implícitos).

Por fim, tem-se o controle dos limites estabelecidos pela Constituição às leis restritivas (os limites dos limites). Em qualquer hipótese, deverão obedecer-se aos seguintes critérios: i) a lei restritiva deve ser formal e organicamente constitucional; ii) a Constituição deve autorizar expressamente o estabelecimento de limites por meio de lei; iii) a lei restritiva deve ter caráter geral e abstrato; iv) a lei restritiva não pode ter efeitos retroativos; v) a lei restritiva deve limitar necessariamente à salvaguarda de outros interesses constitucionalmente protegidos, adotando-se o princípio da proibição do excesso (a limitação deve ser adequada/apropriada, necessária/exigível e proporcional/na justa medida); e vi) a lei restritiva deve preservar o núcleo essencial dos preceitos constitucionais.¹⁶²

Em síntese, as restrições somente serão legítimas se houver justificativa constitucional, preservação do núcleo essencial do direito restrito e observância da técnica da proporcionalidade.

Importante evidenciar que, em conformidade e reforçando o ordenamento jurídico interno, a sistemática internacional também consagra requisitos a fim de que a atuação estatal seja legítima.

O artigo 2º da Declaração dos Direitos Humanos, além de determinar que não será permitida qualquer interpretação no sentido de conferir direito

¹⁶¹ Conforme leciona José Joaquim Gomes Canotilho, haverá restrição quando da efetiva limitação do âmbito de proteção de norma consagradora de um direito, liberdade ou garantia. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 613.)

¹⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 613-633.

algum ao Estado, a um grupo ou a uma pessoa para empreender e desenvolver atividades ou realizar atos tendentes à supressão de qualquer dos direitos e liberdades nela proclamados, remete as restrições à atividade do legislador.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, igualmente, em seu artigo 29.a¹⁶³, estabelece a ilicitude de todo ato orientado à supressão de qualquer um dos direitos proclamados por ela, permitindo, em seu artigo art. 30¹⁶⁴, restrições ao gozo e exercício dos direitos e liberdades ali previstos desde que em concordância com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas.

A respeito, ensina Antônio Augusto Cançado Trindade que o Estado deve justificar toda restrição ao exercício de direitos consagrados, devendo, além de sua necessária previsão em lei, ser interpretada restritivamente. Ainda, em atenção à prevalência de uma sociedade democrática, as restrições legitimam-se somente se aplicadas no interesse geral da coletividade (e desde que compatíveis com o objeto e o propósito dos tratados sobre proteção dos direitos humanos), não podendo ser utilizadas de modo arbitrário (respeitando-se o princípio da proporcionalidade), e sempre passíveis de controle por órgãos independentes.¹⁶⁵

Cabe mencionar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao se manifestar sobre as possíveis limitações ao gozo e exercício dos direitos e liberdades previstos na Convenção Americana, ratificou o caráter eventual de tais restrições.¹⁶⁶

Para a Corte, a restrição de qualquer dos direitos consignados na Convenção Americana deve, necessariamente, observar, concomitantemente, as seguintes condições: a) a restrição deve ser expressamente autorizada pela Convenção e nas condições particulares em que a mesma foi permitida (em

¹⁶³ Art. 29 - Normas de interpretação. Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a prevista nela.

¹⁶⁴ Art. 30 - Alcance das restrições: As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas.

¹⁶⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 16-17.

¹⁶⁶ Cf. Opinião Consultiva OC n. 6/86 de 9 de Maio de 1.986.

consonância aos artigos 29.a e 30 do mesmo diploma); b) os fins para os quais se estabelece a restrição precisam ser legítimos, ou seja, devem obedecer às “razões de interesse geral” e não se afastarem do “propósito para o qual foram estabelecidas”, visando, por conseguinte, a um controle de desvio do poder; e c) as restrições devem estar previstas em leis e serem aplicadas em conformidade com as mesmas.

O termo “leis”, utilizado no artigo 30, inclusive, no entender da Corte Interamericana, não pode ser interpretado como sinônimo de qualquer norma jurídica. Tal interpretação conduziria a desconhecer os limites que o direito constitucional democrático estabeleceu, desde que, no direito interno, proclamou-se a garantia dos direitos fundamentais da pessoa e nem seria compatível com os objetivos da própria Convenção. Ademais, estar-se-ia reconhecendo uma absoluta liberdade aos poderes dos governantes diante da população, ou seja, os direitos fundamentais poderiam ser restringidos pela só determinação do Poder Executivo, sem outra limitação formal. A expressão deve ser compreendida como norma jurídica adotada pelos órgãos legislativos constitucionalmente previstos e democraticamente eleitos, e promulgada pelo Poder Executivo, conforme o procedimento previsto no ordenamento interno de cada Estado.

O requisito de que as leis sejam editadas por razões de interesse geral, por sua vez, significa que as restrições devem ser adotadas em função do “bem comum”, conceito a ser interpretado como elemento integrante da ordem pública do Estado Democrático, cuja finalidade principal é a proteção dos direitos essenciais do homem e a criação de circunstâncias que lhe permitam evoluir espiritual e materialmente, bem como atingir a felicidade.

Portanto, para estarem de acordo com a Convenção Americana, quaisquer restrições a direitos humanos devem ser objeto de uma interpretação estritamente ligada às “justas exigências” de “uma sociedade democrática”, que leve em conta a harmonia entre os diversos interesses em questão e a necessidade de preservar o objetivo e a finalidade desse instrumento internacional.¹⁶⁷ A proteção dos direitos humanos está relacionada à noção de que os atos estatais que os afetem significativamente não podem ficar ao arbítrio do Poder Público, devendo estar rodeados por um conjunto de garantias

¹⁶⁷ A respeito, também cf. Opinião Consultiva OC n. 5/85, de 13 de novembro de 1.985, Série A, n. 5, parágrafos 66 e 67.

direcionadas a assegurar que não sejam atingidos os atributos invioláveis da pessoa.

Todos os critérios supramencionados devem ser levados em consideração quando se estiver diante da elaboração de lei que restrinja determinado direito fundamental.

Há de se considerar que a intervenção por meio do Poder Legislativo é preferível, vez que, consoante assevera Daniel Sarmiento, confere maior previsibilidade e segurança jurídica à sociedade, bem como maior legitimidade democrática à ponderação realizada, pois inibe aferições casuísticas adotadas em face das situações concretas pelo aplicador do Direito, seja ele o juiz ou o administrador.¹⁶⁸

No entanto, ao legislador não é possível prever e regulamentar todas as hipóteses que são cotidianamente vivenciadas na atividade administrativa, motivo pelo qual se confere ao administrador público uma margem de atuação.

Assim, quando do desempenho de suas funções, este poderá atuar de forma vinculada ou discricionária. O ato vinculado é o ato administrativo que possui a tipificação legal prévia e completamente definida, razão por que somente admite um único comportamento a ser adotado pela Administração Pública. Não se permite nenhuma espécie de apreciação subjetiva do agente público, competindo a este tão-somente a verificação dos pressupostos fáticos contidos na lei. Diversamente ocorre na discricionariedade, em que há margem de liberdade na atuação do administrador referente à conduta a ser adotada, pautada em parâmetros de conveniência e oportunidade.¹⁶⁹

Convém mencionar, de acordo com as observações de Caio Tácito, que não há nenhum ato totalmente vinculado ou totalmente discricionário. Existem matizes de preponderância, dando relevo à parte livre ou à subordinada

¹⁶⁸ SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional*. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 94.

¹⁶⁹ Cristalino é o exemplo enunciado por Romeu Felipe Bacellar Filho nessa diferenciação: “A atividade discricionária assemelha-se a uma viagem empreendida por uma composição ferroviária, onde a Administração seria a locomotiva com os respectivos vagões, sendo o maquinista o Administrador Público. Os trilhos correspondem à lei. O itinerário seguirá tranqüilo e previsível, pois submetido ao princípio da legalidade o administrador deverá traçá-lo sempre em cima dos trilhos, sob pena de descarrilhamento da composição – , em que a lei não o informará qual a direção a ser seguida. Incumbirá ao maquinista, administrador público, sem se afastar dos trilhos da lei, aferir a oportunidade e a conveniência da escolha do caminho apropriada”. (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 52.)

da manifestação administrativa.¹⁷⁰ Luiz Alberto Blanchet aponta que vinculação e discricionariedade são complementares, pois “todo ato administrativo é preenchido por um percentual de vinculação e outro de discricionariedade, os quais, somados, completam os cem por cento necessários para a legalidade do exercício da competência pertinente”.¹⁷¹

A discricionariedade do agente, entretanto, não se confunde com liberalidade, tampouco com arbitrariedade.¹⁷² Embora não haja tipificação prévia da conduta a ser adotada, o administrador público deve se pautar no sentido de atingir a melhor solução possível para o caso concreto (solução ótima).

Oportuna a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem a discricionariedade é outorgada ao agente, porque dele se exige a escolha da melhor opção frente às particularidades do caso concreto que não poderiam ter sido previstas pela lei. Logo, “a discricionariedade nasce precisamente do propósito normativo de que só se tome a providência excelente, e não a providência sofrível e eventualmente ruim, se não fosse por isso, ela teria sido redigida vinculadamente”.¹⁷³

De qualquer maneira, quando o administrador público estiver diante de colisão (ou aparente colisão) entre direitos fundamentais (ou entre direitos fundamentais e outros interesses constitucionalmente assegurados) deve ter como pressuposto o melhor equilíbrio possível entre os direitos envolvidos (técnica da concordância prática).

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, a concordância prática impõe a coordenação e combinação dos direitos em confronto, buscando a máxima realização de ambos. Nas palavras do autor:

¹⁷⁰ TÁCITO, Caio. Poder Vinculado e Poder Discricionário. *In: Temas de Direito Público: Estudos e Pareceres*. vol. I. Rio de Janeiro: Renovar. 1997, p. 317.

¹⁷¹ BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 37.

¹⁷² Consoante assevera Alexandre de Moraes: “Importante ressaltar, novamente, que jamais se deve confundir discricionariedade com arbitrariedade, pois mesmo nas hipóteses em que o administrador atua com vontade subjetiva para a prática do ato administrativo, sua vontade não poderá contrariar o ordenamento jurídico e sua manifestação de vontade deverá respeitar os elementos básicos do ato administrativo, quais sejam, a competência, a forma e a finalidade, estes sim, sempre vinculados à lei”. (MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 133.)

¹⁷³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Judicial*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 33.

Como se deduz das considerações do texto, as normas dos direitos fundamentais são entendidas como exigências ou imperativos de otimização que devem ser realizadas, na melhor medida possível, de acordo com o contexto jurídico e respectiva situação fática. Não existe, porém, um padrão ou critério de soluções de conflitos de direitos válido em termos gerais e abstractos. A ponderação e/ou harmonização no caso concreto é, apesar da perigosa vizinhança de posições decisionistas (F. MÜLLER), uma necessidade ineliminável. Isto não invalida a utilidade de critérios metódicos abstractos que orientem, precisamente, a tarefa de ponderação e/ou harmonização concretas: princípio da concordância prática (HESSE), idéia do melhor equilíbrio possível entre os direitos colidentes (LERCHE).¹⁷⁴

Quando do conflito entre direitos fundamentais (ou entre direitos fundamentais e outros interesses constitucionais) busca-se reduzir proporcionalmente o âmbito de alcance de cada qual, de modo a proteger o núcleo essencial de ambos, almejando a harmonia do ordenamento constitucional e a consecução de suas finalidades.¹⁷⁵ Não sendo possível aplicar a concordância prática, deve-se analisar o peso relativo aos princípios diante das circunstâncias fáticas para verificar qual deles prevalecerá no caso concreto.

Nessa lógica, pondera Ingo Wolfgang Sarlet que a norma inserta no §1º do artigo 5º da Constituição da República deve ser interpretada enquanto mandado de otimização a todos os órgãos estatais, no sentido de ser conferida máxima eficácia às normas definidoras de direitos fundamentais. Todavia, alerta o jurista que essa norma de aplicabilidade imediata é dotada de natureza principiológica e, com isso, sua aplicação dependerá da ponderação realizada ante as circunstâncias aferíveis ao caso concreto.¹⁷⁶

A permissão de restrições visa à harmonização entre os próprios direitos fundamentais e sua consonância com outros interesses legitimamente protegidos, enquanto as cautelas a essa atividade têm lugar vez que a intenção de fraude ao texto constitucional é expressiva, conforme se depreende da própria história do País.

¹⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1225.

¹⁷⁵ Conforme aduz José Carlos Barbosa Moreira: "O verdadeiro sistema constitucional de proteção de direitos não é aquele que resulta, pura e simplesmente, da leitura isolada de um ou de outro texto: reclama a ponderação atenta dos interesses em jogo e a prudente flexibilização de linhas divisórias, para permitir o convívio tão harmonioso quanto possível de valores igualmente relevantes e ocasionalmente contrastantes". (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Habeas Data Brasileiro e sua Lei Regulamentadora. *Revista de Informação Legislativa*. n. 138. Brasília: abr./jun. 1998, p. 90.)

¹⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. *In: Revista Diálogo Jurídico*. n. 1. Salvador, 2001, p. 29.

Verificados os pressupostos necessários, os direitos fundamentais sociais poderão sofrer restrições, afinal precisam conviver harmonicamente entre si e com outros interesses constitucionais. Contudo, não se revela suficiente a simples alegação de inexistência de verba ante a não-efetivação de tais direitos, pelo que se faz indispensável aprofundar a pesquisa no tocante à vedação do retrocesso, à reserva do possível e ao mínimo existencial, visto intimamente relacionados às implementações dos direitos de segunda dimensão.

4.3.

O Princípio da Vedação do Retrocesso e os Direitos Fundamentais Sociais

O princípio da vedação (ou proibição) do retrocesso tem como pressuposto a exigência de progressividade, ou ao menos de manutenção, das prestações sociais estatais conferidas aos indivíduos (titulares de tais direitos). Em atenção aos princípios da confiança e da segurança jurídica, não é admissível a reversibilidade dos direitos adquiridos no âmbito social.¹⁷⁷

Luís Roberto Barroso compreende a proibição do retrocesso como princípio implícito decorrente do ordenamento constitucional, lecionando que após a lei regulamentar um mandamento constitucional e conferir ao indivíduo determinado direito, este se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania, não podendo mais ser integralmente suprimido.¹⁷⁸ Ingo Wolfgang Sarlet, de igual maneira, defende que a vedação do retrocesso deve ser entendida enquanto respeito ao direito de propriedade, não se permitindo violar situações jurídicas consolidadas.¹⁷⁹

Fábio Konder Comparato, por sua vez, ao tecer comentários sobre o artigo 13 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o qual determina que toda pessoa tem o direito à educação, sendo obrigatória e gratuita a educação primária, é incisivo ao afirmar que “é absolutamente vedado,

¹⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 326.

¹⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 6. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 158.

¹⁷⁹ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro* n. 5. 131-150, 2001.

a todos os Estados-Partes do Pacto, fazer marcha à ré nesse campo, de forma a substituir a gratuidade já existente pelo ensino pago, ainda que parcialmente.”¹⁸⁰

Nesse sentido, a partir do instante em que o legislador define os direitos sociais, a conquista é de tamanha relevância que não poderá ser totalmente esvaziada. Aliás, tem-se como regra o dever de aplicação progressiva dos direitos a prestação por parte do Estado.

Cumprе salientar que a vedação do retrocesso, dada sua natureza principiológica, não é absoluta. Permite-se, a fim de proteger outros princípios ou mesmo a realidade orçamentária do Estado, sua relativização.

Ingo Wolfgang Sarlet assevera que, para que não venha a violar o princípio da vedação do retrocesso, uma medida de cunho retrocessivo deve, além de contar com uma justificativa de porte constitucional, salvaguardar o núcleo essencial dos direitos sociais, notadamente naquilo em que corresponde às prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade para todas as pessoas. Segundo o autor, também haverá de ser respeitado o princípio da universalidade da titularidade e do exercício dos direitos fundamentais, ao menos daqueles que possuem um conteúdo em dignidade da pessoa humana, de modo a demonstrar que, diante da necessidade de hierarquização à luz do caso concreto, vigora o postulado do *in dubio pro dignitate*.¹⁸¹

José Joaquim Gomes Canotilho aduz que o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais já realizado considera-se constitucionalmente garantido, não sendo passível de restrição “sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios”, sob pena de inconstitucionalidade.¹⁸² Destaca o autor lusitano que “uma vez dada satisfação ao direito, este ‘transforma-se’, nessa medida, em ‘direito negativo’ ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele”. Mesmo diante da incapacidade financeira do Estado, a restrição aos direitos fundamentais sociais fica sujeita ao critério da proporcionalidade, sempre salvaguardando o conteúdo mínimo necessário desse direito.¹⁸³

¹⁸⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 357.

¹⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 122.

¹⁸² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 321.

¹⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991, p. 131.

Dessa feita, diante do impasse entre a vedação do retrocesso e a reserva do possível, a escassez orçamentária não pode ser usada como única justificativa perante a aniquilação de uma prestação social antes efetiva. Assim como ocorre com os direitos de defesa em geral, o retrocesso somente legitimar-se-á se justificado constitucionalmente, preservado o núcleo essencial dos direitos sociais (núcleo este que reside na proteção da dignidade da pessoa humana) e aplicado o critério da proporcionalidade.

O princípio da vedação do retrocesso, não obstante seja passível de ponderação diante de circunstâncias concretas, é de significativa importância no tocante aos instrumentos de concretização dos direitos fundamentais sociais, em especial aos serviços públicos, eis que uma vez prestados, em regra não serão mais possíveis de supressão ou limitação sem qualquer forma de compensação social.

4.4.

A Reserva do Possível, o Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais

Embora o Estado Social e Democrático de Direito deva satisfazer as necessidades coletivas, principalmente mediante a prestação de serviços públicos, para a plena consolidação dos direitos fundamentais sociais, faz-se necessária, na maioria das vezes, além da mediação legislativa, disponibilidade financeira (pois a implementação desses direitos implica gastos). Afinal, não é suficiente a previsão normativa sem recursos materiais para sua aplicação.

A dependência da efetivação dos direitos sociais ao volume de recursos disponíveis, por meio da composição orçamentária, designa-se reserva do possível, a qual estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e da atividade legislativa.

Diante da falta de meios econômicos, sobretudo nos países em desenvolvimento como o Brasil, onde avultam demandas sociais, mister analisar o papel do Estado nesse cenário e a possibilidade de restringir determinado direito fundamental social sob o argumento da escassez financeira.

Primeiramente, impende destacar que estudos demonstram ser falacioso o argumento de que os direitos fundamentais sociais prestacionais, ao contrário dos direitos civis e políticos, importam elevados gastos ao Estado e, por isso, não haveria como efetivá-los da maneira esperada pela sociedade.

Stephen Holmes e Cass R. Sustein desenvolveram ampla pesquisa comprovando que os gastos com os direitos de primeira ou de segunda dimensão são próximos, sustentando que a consumação de qualquer direito (tanto positivo, quanto negativo) resulta custo para o Poder Público.¹⁸⁴

Ademais, as restrições aos direitos fundamentais sociais justificadas pela insuficiência de recursos encontram óbice diante do mínimo existencial, caracterizado como um conjunto de prestações materiais imprescindíveis ao ser humano de inafastável concretização pelo Poder Público. O mínimo existencial constitui o substrato material do princípio da dignidade humana, correspondente ao conjunto de situações indispensáveis à digna existência física, espiritual e intelectual.¹⁸⁵

No entender de Ricardo Lobo Torres¹⁸⁶, tais situações imprescindíveis representam condições ao exercício da liberdade, seja em seu aspecto negativo (*status negativus libertatis* - impedimento do Estado em tributar determinada pessoa ante suas condições econômicas), seja em seu aspecto positivo (*status positivus libertatis* - em regra mediante a entrega de prestações de serviço público aptas à realização da liberdade fática do indivíduo). Afinal, “sem o mínimo necessário à existência, cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade”. Argumenta o jurista, também, que o mínimo existencial deve abranger todos os indivíduos, vez que “a dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder

¹⁸⁴ Cf. HOLMES, Stephen e SUSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: Norton & Co., 1999.

¹⁸⁵ Nas palavras de Ana Paula de Barcellos: “o mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis a existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento. (...) Em suma: mínimo existencial e núcleo material da dignidade da pessoa humana descrevem o mesmo fenômeno”. (BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 198.)

¹⁸⁶ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Aliás, no tocante ao sistema de liberdades, merece destaque a obra “Desenvolvimento como Liberdade”, escrita por Amartya Sen, sendo agraciado com o Prêmio Nobel de Economia de 1.998. Nela, o autor preleciona que “o desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer preponderantemente sua condição de agente”. (SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 10.)

além de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados”.¹⁸⁷

Para Robert Alexy, o mínimo existencial resta configurado como regra jurídica oriunda da ponderação entre os princípios da dignidade humana e da igualdade material, de um lado, e os princípios da separação dos poderes (no que tange à competência legislativa, inclusive atinente à reserva parlamentar orçamentária) e do limite proveniente de direitos fundamentais de terceiros, de outro.¹⁸⁸ Na sua visão, o princípio da reserva parlamentar orçamentária, por sua própria natureza, não é absoluto, tampouco fim em si mesmo, mas meio para atingir os fins constitucionais (dentre os quais a proteção da dignidade humana); havendo-se ainda de considerar que o conteúdo da dignidade da pessoa humana é muito importante para ser conferido somente ao arbítrio do legislador, de modo que sua competência pode ser minorada.¹⁸⁹

Andreas Joachim Krell, por seu turno, critica a cláusula da reserva do possível, argumentando ser um instituto importado equivocadamente do Direito Alemão¹⁹⁰, a uma por não ser compatível com a norma posta no §1º do artigo 5º da Constituição da República de 1.988; a duas porque na Alemanha não há o reconhecimento dos direitos sociais como fundamentais. A reserva do possível, consoante seus ensinamentos, por enfraquecer o conteúdo coercitivo das normas constitucionais, seria uma forma de descumprir os preceitos constitucionais referentes à obrigatoriedade do Estado na materialização dos direitos fundamentais sociais.¹⁹¹

Segundo o autor, não sendo suficientes os recursos, deve-se retirá-los de outras áreas (transportes, fomento econômico, serviço da dívida) em que a

¹⁸⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 127.

¹⁸⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 494-495.

¹⁸⁹ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a Relação entre Direitos do Homem, Direitos Fundamentais, Democracia e Jurisdição Constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. *In: Revista de Direito Administrativo*. n. 217. Rio de Janeiro: jul/set 1999, p. 61.

¹⁹⁰ Segundo decisão da Corte Constitucional Alemã, restou assentado que “a construção dos direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição de disponibilidade dos respectivos recursos”.

¹⁹¹ Cf. KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem, como a vida, a integridade e saúde. Um relativismo nessa área, acrescenta, “poderia levar a ponderações perigosas e anti-humanistas do tipo ‘por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais?’”.¹⁹²

A escassez de recursos não deve servir como dogma insuperável para a ausência de efetivação dos direitos fundamentais sociais. Para solucionar o embate entre a reserva do possível e a salvaguarda desses direitos, tem-se a noção de mínimo existencial.

A respeito, interessante conferir a decisão proferida pelo relator Ministro Celso Mello, em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, autuada sob o nº 45, promovida contra o veto presidencial sobre o § 2º do artigo 55 (o qual fixava percentuais mínimos para a aplicação de verbas públicas em gastos com o sistema de saúde), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/03 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004.

Embora a ação tenha sido julgada prejudicada em virtude da perda superveniente do objeto devido a edição da Lei mencionada, o voto do relator é de especial relevo para a compreensão do posicionamento defendido neste estudo.

O relator inicialmente destacou que a ADPF pode ser considerada meio idôneo para viabilização de políticas públicas previstas no texto constitucional (no caso em questão EC nº 29/00), inclusive quando estas forem direcionadas à consagração dos direitos fundamentais de segunda dimensão. No mérito, após frisar a importância do Supremo Tribunal Federal em seu papel de tornar efetivos os direitos, econômicos, sociais e culturais, o Ministro Celso de Mello evidenciou que há necessidade de se preservar um núcleo essencial que constitui um mínimo vital ao ser humano, não sendo admissível seu descumprimento sob o argumento de limitação decorrente da reserva do possível, restando lavrada a ementa nos seguintes termos:

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de

¹⁹² Leciona o autor que toda a população deve ser atendida em se tratando de prestações necessárias à sua existência, não cabendo a escolha, como no caso do direito à saúde, entre tratar de milhares de pessoas com doenças comuns à pobreza ou tratar de um indivíduo com uma doença rara, não se podendo distinguir a importância dos direitos subjetivos envolvidos no caso em questão. (KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002, p. 53.)

abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da exigibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da argüição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello explicou que ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente auferível, a reserva do possível não pode ser invocada pelo Estado no intuito de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, “notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”.

Dessa maneira, em que pese os recursos orçamentários serem finitos e as demandas sociais não o serem, invocar a teoria da reserva do possível como óbice à implementação dos direitos fundamentais sociais somente se justifica se comprovado justo motivo objetivamente auferível (demonstrando-se que os recursos públicos estão sendo utilizados de forma proporcional aos problemas enfrentados pela população). Ademais, o atendimento do mínimo existencial também constitui limite à reserva do possível.

4.4.1.

O Conteúdo do Mínimo Existencial

A delimitação do conteúdo do mínimo existencial encontra divergências doutrinárias, pois definir o que seria um padrão mínimo necessário à vida digna é deveras subjetivo.

Ana Paula de Barcellos afirma que o núcleo da dignidade da pessoa humana, denominado mínimo existencial, refere-se a direitos individuais de liberdade e a quatro elementos prestacionais, quais sejam: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados (elementos materiais) e acesso à justiça (elemento instrumental).¹⁹³

¹⁹³ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 258.

Andreas Joachim Krell, por sua vez, engloba no conteúdo do mínimo existencial o atendimento básico e eficiente à saúde, o acesso à alimentação básica e a vestimentas, a educação de primeiro grau e a moradia. No entanto, ressalta o autor que tal conteúdo é variável, conforme as necessidades da sociedade em determinado Estado.¹⁹⁴

Ingo Wolfgang Sarlet compreende o direito ao salário mínimo, à assistência social, à previdência social, à saúde, à educação fundamental e à moradia enquanto prestações materiais essenciais para a consolidação da dignidade da pessoa humana, constituindo direitos prontamente exigíveis ao Poder Judiciário.¹⁹⁵

Ricardo Lobo Torres acredita ser o mínimo existencial parâmetro da exigência prestacional perante o Estado e leciona que sua concretização pelo Poder Público dá-se sob diversas formas: i) prestação de serviço público gratuito (saúde pública, educação fundamental); ii) subvenções e auxílio financeiro a entidades filantrópicas e educacionais; ou iii) entrega de bens públicos (alimentação, vestimenta) em casos de calamidade pública ou programas assistencialistas.¹⁹⁶

Na acepção do jurista, o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações não deve restringir-se às hipóteses nas quais a vida humana esteja correndo o risco de ser sacrificada. O princípio da dignidade da pessoa humana assume importante função demarcatória, podendo servir de parâmetro para avaliar qual o padrão mínimo em direitos sociais (inclusive como direitos subjetivos individuais) a ser reconhecido. Negar-se, por exemplo, o acesso ao ensino fundamental obrigatório e gratuito importa igualmente em grave violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, vez que este implica para a pessoa humana a capacidade de compreensão do mundo e a liberdade (real) de

¹⁹⁴ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional "Comparado"*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002, p. 63. Aliás, Fernando Facury Scaff argumenta que o mínimo existencial não é uma categoria universal, variável inclusive dentro de um mesmo país. (SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. *In: Revista Interesse Público*, n. 32, p. 217.)

¹⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 312-313.

¹⁹⁶ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. *In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

autodeterminar-se e formatar a existência, o que certamente não será possível em se mantendo a pessoa sob o véu da ignorância.¹⁹⁷

O mínimo existencial (ou o mínimo social), nas observações de Marcelo Leonardo Tavares, envolve o conjunto de ações sociais do Estado destinadas a garantir a dignidade da pessoa humana, o qual deriva dos valores da “liberdade para”, da “igualdade de chances” e da “solidariedade gerenciada”. Os direitos sociais mínimos, para o autor, são devidos a todas as pessoas que se encontrem em situação de necessidade, pois a sua fundamentalidade existe justamente para suprir carências humanas passíveis de juridicização e merecedoras de proteção e fomento pelo Estado. Esses direitos encontram-se vinculados aos valores da liberdade e da igualdade, primordiais para o alcance da dignidade da pessoa, bem como representam “o elo entre os valores morais de solidariedade, de amizade e de irmanação dos homens entre si, capazes de fazer com que sejam reconhecidos como semelhantes independentemente de nacionalidade, da raça e do credo”.¹⁹⁸

Destarte, o conteúdo do mínimo existencial é caracterizado pelas prestações materiais essenciais ao indivíduo a fim de se efetivar a dignidade da pessoa humana, sendo inafastáveis, ao menos, os direitos à saúde, à educação fundamental e à assistência social.

4.5.

Direito Subjetivo às Prestações Sociais

A partir da década de 50, por influência do constitucionalismo alemão social-democrata e sob os ensinamentos de José Joaquim Gomes Canotilho, ganha força, no Brasil, a idéia de uma Constituição Dirigente, a qual confere direitos a prestações originárias,¹⁹⁹ independentemente de mediação legislativa.²⁰⁰

¹⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. In: *Revista Diálogo Jurídico*. n. 1. Salvador, 2001, p. 36-37.

¹⁹⁸ TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 66, 72.

¹⁹⁹ Ricardo Lobo Torres destaca que nesse período a doutrina defendia o primado dos direitos sociais, com os seguintes argumentos: “a) todos os direitos sociais são direitos fundamentais sociais; b) os direitos fundamentais sociais são plenamente justiciáveis, independentemente da intermediação do legislador; c) os direitos fundamentais sociais são interpretados de acordo com *princípios de interpretação constitucional*, tais como os da máxima efetividade, concordância prática e unidade da ordem jurídica”. (TORRES,

Os juristas brasileiros passaram, então, a argüir a plena efetividade dos direitos sociais.²⁰¹ Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, defendeu as prestações originárias como direitos subjetivos, amparado na idéia de justiça social, materializada na idéia de igualdade.²⁰² Eros Roberto Grau, por sua vez, sustentou que as normas constitucionais sociais deveriam ser entendidas como diretamente aplicáveis e imediatamente vinculantes dos três Poderes.²⁰³

Entretanto, desde a década de 90, ante a crise dos países socialistas, aliada à comprovação da não-implementação das promessas propugnadas pelo Estado de Bem-Estar Social, difunde-se o pensamento de que os direitos sociais, diferentemente dos direitos de primeira dimensão, não são plenamente justiciáveis,²⁰⁴ afirmando-se a necessidade de reduzir a jufundamentalidade dos direitos sociais ao mínimo existencial e ao núcleo elementar dos direitos da justiça.

Em face da propagada metamorfose dos direitos fundamentais sociais ao mínimo existencial,²⁰⁵ Ricardo Lobo Torres argumenta que a proteção desses direitos, por decorrer da necessidade de políticas públicas, deve considerar a

Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e a Reserva do Possível. In: NUNES, Antônio José Avelãs e COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Orgs.). *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 447-467, p. 448-449.)

²⁰⁰ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001.

²⁰¹ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e a Reserva do Possível. In: NUNES, Antônio José Avelãs e COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Orgs.). *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 447-467, p. 452.

²⁰² Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. *Revista de Direito Público* 57/58: 255, 1981.

²⁰³ Cf. GRAU, Eros Roberto. *Direitos, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988.

²⁰⁴ Ricardo Lobo Torres adverte que “na Alemanha a mudança também foi considerável. Alguns autores sociais-democratas emudeceram após a queda do muro de Berlim (...) Outros, embora continuem a falar em direitos fundamentais sociais (*soziale Grundrechte*), não lhes dão o sentido de veros direitos fundamentais, senão que os subordinam à justiça social e entendem que constituem meras diretivas para o Estado, pelo que não se confundem com os direitos da liberdade”. (TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e a Reserva do Possível. In: NUNES, Antônio José Avelãs e COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Orgs.). *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 447-467, p. 452; 454.)

²⁰⁵ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

teoria da reserva do possível, no sentido do quê a sociedade pode razoavelmente esperar do Estado. No entanto, tal teoria deve ceder ante o mínimo existencial, dada a prevalência da dignidade humana.²⁰⁶

Para o autor, o mínimo existencial é composto por direitos constitucionais exigíveis, vinculando o Estado à obrigatoriedade de sua consecução, assim lecionando: “há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”.²⁰⁷

Deixa claro Ricardo Lobo Torres, contudo, que os direitos sociais não relacionados à liberdade dependem da situação econômica conjuntural, bem como da autorização orçamentária, não constituindo o mínimo existencial e, desse modo, não gerando direito subjetivo ao indivíduo. Nas suas palavras: “As prestações positivas para o apoio aos direitos sociais não são obrigatórias, posto que derivam da idéia de justiça; aí está outro aspecto distintivo para o *status positivus libertatis*, que gera a obrigatoriedade da entrega de prestações positivas para a defesa dos direitos fundamentais, constituindo direito subjetivo público do cidadão”.²⁰⁸

Nos ensinamentos de Robert Alexy, a ponderação é o critério aplicável para se distinguir quais prestações referentes aos direitos fundamentais sociais consideram-se direitos subjetivos. Portanto, diante das peculiaridades do caso concreto, prevalecerão os direitos individuais a prestações quando apresentarem maior peso que as razões de política financeira, sobretudo quando se tratar de prestações essenciais a garantir a existência do indivíduo.

Para o filósofo, o reconhecimento de direitos a prestações necessita dos seguintes parâmetros: i) quando imprescindíveis ao princípio da liberdade

²⁰⁶ TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e a Reserva do Possível. In: NUNES, António José Avelãs e COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Orgs.) *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 447-467, p. 452; 456.

²⁰⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 126.

²⁰⁸ Na visão do autor, os direitos sociais compreendem o *status positivus socialis*, o qual “depende da situação econômica do país e da riqueza nacional, sendo tanto mais abrangente quanto mais rico e menos susceptível a crises seja o Estado, motivo que não tem dimensão originalmente constitucional, sendo objeto da legislação ordinária e da política social e econômica”. (TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. In: *Revista de Direito Administrativo*. n. 177. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set.1989, p. 41.)

fática²⁰⁹; e ii) quando o princípio da separação dos Poderes (incluindo a questão da reserva parlamentar em matéria orçamentária), bem como outros princípios materiais (principalmente os referentes a direitos fundamentais de terceiros) forem atingidos de forma relativamente sutil. Tais parâmetros estariam satisfeitos relativamente aos direitos sociais que correspondem a mínimas condições existenciais.²¹⁰

Gustavo Amaral, em sentido diametralmente oposto, ao explanar sobre a escassez de recursos, entende não haver direito subjetivo à prestação material, vez que indispensável a previsão orçamentária. Na sua visão, os direitos fundamentais prestacionais não geram deveres correspondentes, nem mesmo os direitos integrantes do chamado mínimo existencial, e inclusive critica o critério da proporcionalidade (adotado por alguns juristas) como apto a resolver tal celeuma.²¹¹

Ingo Wolfgang Sarlet defende que a norma consagrada no artigo 5º, §1º, da Constituição da República deve ser interpretada de maneira a lhe atribuir máxima eficácia, reconhecendo o direito subjetivo a prestações, mediante aferição do caso concreto, quando estas sejam indispensáveis para realização da existência com dignidade. Todavia, o magistrado gaúcho admite a existência de limites fáticos (reserva do possível) e jurídicos (reserva parlamentar em matéria orçamentária), os quais implicam certa relativização no âmbito da eficácia dos direitos sociais prestacionais.

Diante de tal impasse, o autor esclarece que a reserva do possível não deve prevalecer sobre os valores da vida e da dignidade da pessoa humana, os quais otimizam a eficácia dos direitos fundamentais, concretizando, por consequência, a liberdade e a igualdade materiais.²¹² Dessa feita, reconhece-se

²⁰⁹ A respeito, o filósofo expõe que a liberdade jurídica somente tem valor mediante a existência da liberdade fática, devendo o Estado, para tanto, propiciar aos indivíduos as condições para sua plena efetivação.

²¹⁰ Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

²¹¹ Destarte, o autor defende que o Poder Judiciário não pode estabelecer mediações fato-norma, cabendo tão-somente o controle das condutas adotadas pelos ocupantes das funções executiva ou legislativa. (AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha. Em Busca de Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 216.)

²¹² SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. In: *Revista Diálogo Jurídico*. n. 1. Salvador, 2001, p. 37. No mesmo sentido, Canotilho reconhece um mínimo a ser garantido a toda pessoa com base nas normas de direitos fundamentais sociais, ou seja, um “núcleo básico dos direitos sociais”, sem o qual ao ser humano não é garantida sua subsistência, não tem condição de fruir qualquer direito.

um direito subjetivo do particular a prestações reclamadas em Juízo, até porque o indeferimento de prestações de cunho emergencial acarretaria no comprometimento irreversível ou mesmo o sacrifício de outros bens essenciais (notadamente – em se cuidando da saúde – da própria vida, integridade física e dignidade da pessoa humana).²¹³

Segundo lições de Clèmerson Merlin Clève, os direitos fundamentais sociais criam, desde logo, posições jurídico-subjetivas positivas de vantagem, as quais decorrem tanto da incidência dos direitos em questão, quanto da irradiação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Entretanto, o jurista também relata a distinção entre direitos prestacionais originários e direitos prestacionais derivados. Aqueles permitem ao intérprete encontrar de imediato na disposição constitucional uma dimensão subjetiva forte, manifestando-se como direitos prontamente usufruídos pelo indivíduo e exigíveis ao Poder Judiciário, independentemente de regulamentação. Já os outros produzem uma dimensão subjetiva fraca no campo constitucional, o que demanda uma atuação do legislador.²¹⁴

Ademais, deve-se ter em mente que o Estado não fica restrito à prestação do mínimo, pelo contrário, deve realizar o máximo possível para a concretização dos direitos fundamentais. Relevantes, a propósito, os ensinamentos do jurista paranaense:

Os direitos sociais não têm a finalidade de dar ao brasileiro, apenas, o mínimo. Ao contrário, eles reclamam um horizonte eficaz progressivamente mais vasto, dependendo isso apenas do comprometimento da sociedade e do governo e da riqueza produzida no país. Aponta a Constituição, portanto, para a idéia de máximo, mas de máximo possível (o problema da possibilidade). O conceito do mínimo existencial, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos, vê combatida sua vontade, vê destruída sua

(CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 470.)

²¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas Considerações em torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988. *In: Revista Diálogo Jurídico* n. 10. Salvador, p. 13.

²¹⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Desafio da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. *In: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. n. 3. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003, p. 297.

autonomia, resultando num ente perdido no cipoal de contingências, que fica à mercê, das forças terríveis do destino.²¹⁵

Outro aspecto que merece ser apreciado refere-se ao argumento de não ser possível ao Poder Judiciário conferir direito subjetivo a prestações sociais, pois haveria ofensa ao princípio da separação de Poderes, bem como ao regime democrático, eis que se trata de decisão política atinente aos Poderes Executivo e Legislativo, democraticamente eleitos pelo povo.

Ocorre que a Constituição de 1.988 estabeleceu, em seu artigo 3º, que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: i) construir uma sociedade livre, justa e solidária; ii) garantir o desenvolvimento nacional; iii) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e iv) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outras formas de discriminação. Destarte, todo o aparato estatal deve estar voltado à consecução desses objetivos, inclusive quando da composição orçamentária ou quando do estabelecimento de políticas públicas.

Não se está a propugnar pelo ativismo judicial em prol dos mais necessitados, mas tão-somente pela aplicação da Constituição, o que de fato é um imperativo ético de justiça. Oportunas as palavras de Fernando Facury Scaff nesse tocante:

Como os direitos fundamentais sociais são, por definição, direitos a prestações, não é razoável que se aloquem todos os recursos públicos disponíveis para sua implementação. Mas é imprescindível que sejam disponibilizados recursos públicos suficientes, de forma proporcional aos problemas encontrados e de forma progressiva no tempo, de modo a que as deficiências para o exercício das liberdades jurídicas seja sanado através do pleno exercício das liberdades reais.²¹⁶

Nessa lógica, o mínimo existencial, visto como um conjunto de prestações básicas destinadas a garantir a dignidade da pessoa humana, constitui direito subjetivo do indivíduo; aliás, por se tratar da ponderação entre a reserva do possível e a salvaguarda dos direitos fundamentais sociais, nem ao menos está sujeito a restrição. Quanto aos demais direitos fundamentais sociais,

²¹⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho*. n. 22, jul./dez. 2003, p. 23.

²¹⁶ SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. In: *Revista Interesse Público*, n. 32, p.224.

o Estado tem de observar sua progressiva implementação, sendo admitida, desde que comprovada a falta de verba, a teoria da reserva do possível.

4.6.

Os Direitos Fundamentais em Situações Emergenciais

Afora as situações de normalidade, em que a ponderação deverá ser feita de acordo com os parâmetros antes informados, a Constituição Brasileira prevê hipóteses específicas de restrições e suspensões a direitos fundamentais²¹⁷, nos casos de decretação de estado de defesa, em seu artigo 136, e de estado de sítio, em seus artigos 137 a 139.

No estado de defesa, as medidas são adotadas com o intuito de preservar ou restabelecer a ordem pública ou a paz social, perturbadas em virtude de grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza. A competência para decretação é exclusiva do Presidente da República, obrigatoriamente após ouvidos os Conselhos da República (art. 90, I, CR) e de Defesa Nacional (art. 91, §1º, I, CR).²¹⁸

O decreto que institui o estado de defesa deve ser justificado e aplicado somente nos locais determinados e restritos à necessidade da medida, pois se não há ordem em todo o território nacional, improvável será uma contenção e restabelecimento da mesma sem que haja queda do governo.²¹⁹ Além da área abrangida pelo regime de exceção, deve constar no decreto o tempo de sua duração - o qual não pode ser superior a 30 dias, permitida uma prorrogação por igual período - e as medidas restritivas que serão aplicadas.

Importante desde logo observar que no estado de defesa somente se permite restrição a direitos, e não suspensão. Ademais, a restrição é cabível apenas em relação aos direitos de reunião, sigilo de correspondência, sigilo de

²¹⁷ O tema será aqui tratado enquanto restrição a direitos fundamentais, do mesmo modo que o utilizado pela Ciência Jurídica. Contudo, convém esclarecer que a rigor não se trata de restrição, vez que a própria Constituição estabelece a amplitude desses direitos nas situações excepcionais, pelo que o mais correto seria a expressão “delimitação dos direitos fundamentais”.

²¹⁸ Mister lembrar que o parecer dos Conselhos não é vinculante.

²¹⁹ BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: Promulgada em 5 de Outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 06.

comunicação telegráfica e telefônica, permitindo-se a ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos na hipótese de calamidade pública.

No tocante à decretação de estado de sítio, tem-se por finalidade a preservação do Estado de Direito e das instituições democráticas, bem como a ampla utilização dos meios necessários para a proteção do Estado em caso de guerra.²²⁰

Cumprido lembrar que, além da necessidade de serem ouvidos os Conselhos da República e de Defesa Nacional, diferentemente do estado de defesa, o Presidente da República precisa solicitar autorização ao Congresso Nacional para decretar estado de sítio.

Quatro são as causas que possibilitam a instauração desse regime excepcional, quais sejam: comoção grave de repercussão nacional; ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medidas tomadas durante o estado de defesa; declaração de estado de guerra; e resposta à agressão armada estrangeira. Por meio do decreto presidencial, há indicação (a) da duração do estado de sítio, o qual nos dois primeiros casos não pode exceder a trinta dias, sem prorrogação, e enquanto durar a guerra ou agressão armada, nas demais hipóteses; (b) das normas necessárias à sua execução e (c) das garantias constitucionais que ficarão suspensas. Depois de publicado, o Presidente designará o executor das medidas e a área abrangida, a qual, nesse estado, pode equivaler a todo o território nacional, por seu próprio fundamento.

Por ser uma situação crítica mais aguçada que a existente quando do estado de defesa, além de restrições a direitos, admite-se a suspensão de determinadas garantias constitucionais. O artigo 139 da Constituição Brasileira prevê as medidas que poderão ser tomadas contra as pessoas quando decretado o estado de sítio, dentre as quais: suspensão da liberdade de reunião, busca e apreensão em domicílio e requisição de bens. Essa previsão, entretanto, refere-se exclusivamente às duas primeiras causas de decretação de estado de sítio, nada regulando quanto às causas motivadas por situações de guerra.

De todo modo, conforme assenta José Joaquim Gomes Canotilho, “o regime das situações de exceção não significa suspensão da Constituição (exceção da Constituição), mas sim um regime extraordinário incorporado na Constituição e válido para situações de anormalidade constitucional”. Nas situações emergenciais, não é o Estado de Direito que fica transitoriamente

²²⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 746.

suspensão, mas apenas e tão-somente algumas garantias indispensáveis à consecução da finalidade do estado de exceção.²²¹

Celso Duvivier de Albuquerque Mello destaca que os dispositivos referentes à possibilidade de suspensão e restrições aos direitos fundamentais em situações emergenciais visam a atender a soberania dos Estados e reconhecer que eles são os únicos juízes do que seja perigo público, segurança do Estado etc. Contudo, acrescenta o autor, existem princípios que mesmo nessas situações devem ser observados, quais sejam: a) respeito às normas de *jus cogens* nos direitos humanos que nem nas situações extremas podem ser suspensas; b) o estado de emergência deve ser proclamado oficialmente (pelo Executivo ou Legislativo); c) o estado de emergência tem que ser comunicado aos demais Estados-partes no tratado, com as medidas que foram tomadas; d) não derogabilidade dos direitos fundamentais; e) observância do princípio da proporcionalidade; f) observância do princípio não discriminação; g) as medidas tomadas não podem violar outras obrigações internacionais do Estado.²²²

Nesse sentido, tem-se que a situação emergencial que possibilita a suspensão de direitos e garantias não confere poderes extremos aos Estados, tampouco os legitima a agirem de forma arbitrária, eis que suas condutas devem estar pautadas na exata medida necessária para o assecuramento da ordem, independência ou segurança do Estado.

A Constituição da República Brasileira, em seus artigos 136 a 141, dispõe acerca dos institutos do estado de defesa e do estado de sítio, ambos utilizados em situações de crise, a fim de ser mantido ou restabelecido o equilíbrio das normas constitucionais, embasados nos princípios da necessidade e da temporariedade.²²³ Quando desrespeitado o princípio da necessidade, estar-se-á diante de golpe de estado, de arbitrariedade, e quando inobservado o princípio da temporariedade, instaurada estar-se-á a ditadura.²²⁴

Com semelhante enfoque de proteção, porém de maneira mais expansiva que a regulada pelo direito interno, a Convenção Americana também

²²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1086.

²²² MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 842-845.

²²³ SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O Mandado de Injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 32-35.

²²⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 740.

tutela os direitos e garantias fundamentais do indivíduo em situações emergenciais.

Conforme o disposto no artigo 27 do Pacto de São José da Costa Rica, o Estado-parte poderá suspender as obrigações consignadas no referido pacto, comunicando imediatamente, por intermédio do Secretário Geral da Organização dos Estados Americanos, aos demais Estados-partes, na medida e pelo tempo necessário ao restabelecimento de sua independência ou segurança ameaçada em situações emergenciais, desde que não haja incompatibilidade com outras normas impostas pelo Direito Internacional e tal suspensão não seja fundada em discriminação motivada por raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.

Além disso, ainda nesse dispositivo, há vedação expressa à suspensão de algumas obrigações contraídas por meio da Convenção Interamericana, quais sejam: direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, direito à vida, direito à integridade pessoal, proibição da escravidão e da servidão, princípio da legalidade e da retroatividade, liberdade de consciência e religião, proteção da família, direito ao nome, direitos da criança, direito à nacionalidade, direitos políticos, e garantias indispensáveis para a proteção desses direitos. Proporciona-se uma ampla tutela a tais direitos, entendendo-se não haver justificativa, nem mesmo sob estado de guerra, para suspendê-los, pois sua proteção na integralidade não ameaça a independência ou segurança do Estado-parte.

Muitos juristas defendem que quando da decretação de estado de sítio, motivada por situação de guerra, a suspensão poderia abranger tantos quantos fossem os direitos necessários.²²⁵ Todavia, como observado, não é essa a orientação consignada na Convenção Americana, a qual foi ratificada pelo Brasil, e, por conseguinte, deve ser observada em todos os seus dispositivos, segundo já mencionado quanto aos efeitos dos tratados internacionais de direitos humanos no País.

Outro ponto que merece destaque para a efetiva tutela dos direitos humanos é o controle das medidas extraordinárias adotadas em situações emergenciais. Controle esse que não pode ficar concentrado nas mãos de um único órgão, sob pena de abuso e desvio de poder ou mesmo de violação do ideal democrático de uma sociedade, afinal, o que é a ditadura senão a concentração de poder em um único órgão.

²²⁵ Cf. BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: Promulgada em 5 de Outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 114.

Em consideração a esse ideal democrático, a Constituição da República Brasileira de 1.988 - em consonância com o disposto no artigo 8º da Convenção Americana e com as orientações da Corte Interamericana de Direitos Humanos trazidas na Opinião Consultiva nº 09 - assegura tanto ao Poder Legislativo, quanto ao Poder Judiciário, amplo e efetivo controle das medidas adotadas em situações emergenciais. O controle das medidas em estados de exceção é fundamental para assegurar a sua legitimidade.²²⁶

As garantias para a proteção dos direitos insuscetíveis de suspensão ou restrição devem, não somente ser indispensáveis, como também judiciais. Num governo democrático, é expressiva a importância do Poder Judiciário autônomo e independente, que não fique ao mando dos dissabores do Poder Executivo, como já vivenciado outrora em diversos países, inclusive no Brasil. Em regimes de exceção, cabe ao Judiciário o papel de harmonizar interesses legitimamente protegidos, quais sejam o interesse do Estado de manutenção da segurança ou independência e os direitos fundamentais, e julgar qual deles deve prevalecer, em conformidade com o princípio da cedência recíproca.

Do exposto, verifica-se que, tendo em vista as instituições democráticas e o Estado de Direito serem inseparáveis, a conduta do Poder Público, embora possa ser diferente da adotada em situações de normalidade, não pode exceder aos limites de atuação em que está autorizada. Ademais, somente serão legítimas as medidas restritivas quando indispensáveis à consecução da finalidade do estado de exceção.

Com isso, acredita-se que os direitos fundamentais mais afetados diante da decretação de estado emergencial são os direitos de primeira dimensão - e nem todos, consoante o explanado -, não havendo justificativa para restrição ou suspensão dos direitos sociais; afinal, a proteção e implementação destes não ameaça a independência ou segurança do Estado.

A consagração da dignidade da pessoa humana, verdadeiro fim a ser buscado pelo Estado, afirma os direitos fundamentais para além de sua função limitativa do poder (direitos negativos), mas também como manifestação de prestações sociais (direitos positivos). Para tanto, fundamental o amplo comprometimento por parte dos Poderes Públicos no que concerne à concretização de tais direitos, pois, segundo assevera Ingo Wolfgang Sarlet, “a

²²⁶ Cf. Opinião Consultiva OC nº 08 e 09 da Corte Interamericana de Direitos Humanos e artigo 8º, parágrafo 1º, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

vinculatividade dos direitos fundamentais constitui uma das principais dimensões da eficácia”,²²⁷ vinculação essa que ora se analisa.

²²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 342.

5.

A Vinculação do Estado à Consecução dos Direitos Fundamentais e a Relevância do Serviço Público

Inicialmente, faz-se pertinente evidenciar a importância do Estado na sociedade contemporânea para a realização dos direitos fundamentais.

Conforme assinala Luís Roberto Barroso, no decorrer do século XX o Estado percorreu uma trajetória oscilante. No início era Liberal, desempenhando funções mínimas; após o primeiro quarto do século tornou-se Social e assumiu o papel de instrumento indispensável para redução das desigualdades. Chegou ao novo milênio concentrando suas atividades na regulação, abstendo-se da intervenção direta, “em um movimento de desjuridicização de determinadas conquistas sociais”.²²⁸

O Estado Contemporâneo, resultado, principalmente, da globalização econômica, do neoliberalismo e de inúmeras privatizações, tem o seu perfil redefinido pela formação de blocos políticos e econômicos, pela perda de densidade do conceito de soberania e pela transferência de inúmeros serviços à iniciativa privada. No entanto, há de se ponderar, na avaliação do mesmo autor, que o Estado ainda ostenta fundamental relevância na atualidade, inclusive no que tange à consolidação dos direitos fundamentais.²²⁹

A tutela dos direitos e garantias fundamentais, na ordem mundial, constitui fundamento do Estado Contemporâneo, devendo sempre ser observada quando do exercício das funções estatais, seja por intermédio do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário.²³⁰

²²⁸ BARROSO, Luís Roberto. O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. ix.

²²⁹ BARROSO, Luís Roberto. O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. ix-x.

²³⁰ A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo 16, determina que a Constituição deve assegurar a garantia dos direitos e estabelecer a descentralização do poder. Isso porque o próprio processo de construção de direitos fundamentais, conforme já explanado, motivou-se ante os abusos cometidos pelos governantes no período do

Segundo ressalta José Joaquim Gomes Canotilho, a vinculação é extensiva a todos os Poderes Públicos, englobando todos os atos das entidades públicas, desde os normativos típicos às várias espécies de medidas administrativas ou decisões judiciais. Aduz o jurista que nenhum deles “é livre dos direitos fundamentais”.²³¹

A Lei Fundamental da Alemanha (art.1º, III), a Constituição da Espanha (art. 53.1) e a Constituição Portuguesa (art. 18/1) prevêm expressamente a vinculação de todos os Poderes Públicos aos direitos fundamentais.²³²

No Brasil, embora não haja tal previsão, o Constituinte determinou a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, o que pode ser compreendido, conforme supra-aludido, enquanto mandado de otimização de sua eficácia, constituindo aspecto positivo (dever de concretização) e negativo (proibição de atuar contra a finalidade da norma).²³³ Desse modo, toda conduta pública deve ter como parâmetro, direta ou indiretamente, a satisfação de direitos fundamentais.

A vinculação dos Poderes Públicos aos direitos fundamentais é válida não apenas no que diz respeito às normas de eficácia plena e de eficácia contida, mas também quanto às normas de eficácia limitada. Afinal, os agentes públicos encontram-se proibidos de aplicar normas que atentem contra o sentido e a finalidade das normas definidoras de direito fundamental, bem como obrigados na implementação destas, na medida do possível e do razoável, de forma a lhes conferir máxima eficácia.

Estado Absoluto e, visando ao controle desse poder, prevê-se o sistema de freios e contrapesos.

²³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 439.

²³² Ademais, na Constituição Alemã de 1.949, a vinculação é tão incisiva que seu artigo 1º, n. 1, assim determina: “A dignidade da pessoa humana é sagrada. Todos os agentes da autoridade pública têm o dever absoluto de a respeitar e proteger”. E, a Constituição de Portugal prevê a vinculação inclusive às entidades privadas.

²³³ Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet: “Do efeito vinculante inerente ao art. 5º, §1º, da CF decorre, num sentido negativo, que os direitos fundamentais não se encontram na esfera de disponibilidade dos poderes públicos, ressaltando-se, contudo, que, numa acepção positiva, os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 344.)

5.1.

A Constitucionalização do Direito

A constitucionalização do Direito importa o reconhecimento de que as normas infraconstitucionais somente serão legítimas se compatíveis com o ordenamento constitucional.

Luís Roberto Barroso leciona que a Constituição é o “filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional”. Destarte, toda interpretação jurídica deve estar em conformidade com a Constituição, pois “qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição”, devendo o intérprete orientar o sentido e alcance da norma aos fins constitucionais.²³⁴

Por intermédio da constitucionalização, a ênfase conferida às normas constitucionais e, conseqüentemente, aos direitos fundamentais, influenciou todos os ramos jurídicos e evidenciou a necessidade de realizar a dignidade humana, buscando, com isso, justiça material a todo indivíduo. Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

O direito constitucional deve ser a janela pela qual se olha para o mundo. Mais que isso, o direito constitucional passou a ser não apenas um modo de olhar e pensar o direito, mas também um modo de desejar o mundo: fundado na dignidade da pessoa humana, na centralidade dos direitos fundamentais, na busca por justiça material e na tolerância, no respeito ao próximo, assim o igual como o diferente.²³⁵

Consoante as lições de Paulo Ricardo Schier, a própria idéia de Constituição já demonstra “o seu *telos* justificador, o seu compromisso com o *ethos* da modernidade de ubicar o homem no centro do mundo, como produtor/interventor das relações sociais e do Direito”. Prossegue o autor: “tem-se que qualquer forma de regulação estatal não comprometida com a proteção de um núcleo de direitos fundamentais, não é comprometida com a ética da

²³⁴ BARROSO, Luís Roberto. O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. xi-xiii.

²³⁵ BARROSO, Luís Roberto. O Novo Direito Constitucional e a Constitucionalização do Direito. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 510.

modernidade e sua racionalidade, e, portanto, não é, propriamente, uma Constituição”.²³⁶

No Brasil, com o advento da Constituição de 1.988, desenvolveu-se a teoria da dogmática constitucional emancipatória, a qual foca o estudo das normas constitucionais na dignidade da pessoa humana, interpretando prospectivamente o ordenamento pátrio e contribuindo de maneira decisiva para a realização dos direitos fundamentais.²³⁷

Nos ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet, além da estreita vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, estes, “sob o aspecto de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado democrático e social de Direito, tal qual consagrado também no direito constitucional positivo vigente no Brasil”.²³⁸

O Estado brasileiro, por conseguinte, deve observar os preceitos constitucionais, legitimando suas ações governamentais e se apresentando como instituição responsável pela promoção dos direitos fundamentais, conferindo-lhes a maior eficácia possível.

5.2.

A Vinculação dos Poderes Públicos às Normas Definidoras de Direitos Fundamentais

Todos os Poderes da República devem, na medida do possível, conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental, mesmo porque estes não são dádivas do Poder Público, mas normas imperativas ao próprio Estado e que, necessariamente, devem ser respeitadas, implementadas e protegidas.

²³⁶ SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sob o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Faculdades do Brasil*. n. 2. Curitiba: jan./jun. 2003, p. 57-58

²³⁷ A dogmática constitucional emancipatória, dessa forma, diverge da dogmática da razão do Estado, a qual seria insensível perante os institutos transformadores da nova ordem constitucional. (Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *In: Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho*. n. 22, jul./dez. 2003, p. 18.)

²³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 66.

Conforme aponta Clèmerson Merlin Clève, “os agentes públicos brasileiros estão comprometidos, estão absolutamente vinculados a esses parâmetros constitucionais, ou seja, a Constituição desde logo retirou do mundo político, da esfera da disputabilidade política, aquilo que é nuclear para nós, os integrantes da comunidade republicana brasileira”.²³⁹

O objetivo do presente estudo é focar o valor da atividade administrativa na consecução dos direitos fundamentais, notadamente por meio da prestação de serviços públicos. Todavia, antes de aprofundar a vinculação quanto ao Poder Executivo, há de se considerar, dentro desse contexto, a importância dos demais Poderes.

Tem-se, primeiramente, que nem sempre os mandamentos constitucionais são observados pelo administrador público, razão pela qual se impõe a atuação do Judiciário a fim de afastar a ação ou omissão administrativa violadora. Ademais, principalmente em se tratando de direitos sociais que dependem de norma infraconstitucional integradora, torna-se imperativa, ante a vinculação reduzida do Executivo, a prévia atuação do Legislativo.

Com efeito, a sistemática protetiva dos direitos fundamentais estabelece uma limitação material à atividade regulamentadora e concretizadora legislativa, não mais se falando em direitos fundamentais na medida da lei, porém em lei na medida dos direitos fundamentais.²⁴⁰

Afora a vedação de restrição a direitos fundamentais (dimensão negativa), na qual o legislador não pode restringir o conteúdo ou alcance dos direitos fundamentais, salvo nos casos expressos (segundo já analisado), deve ele cumprir seu papel de realização dos mesmos (dimensão positiva), aplicando as diretivas materiais consubstanciadas em suas normas²⁴¹, em especial no caso de direitos sociais que constituem deveres prestacionais estatais. Assim, a vinculação do Legislativo é imprescindível essencialmente referente às normas dependentes de regulamentação, bem como no tocante à autorização orçamentária.

²³⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Desafio da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. n. 3. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003, p. 293.

²⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 344-345.

²⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 440.

Cumpra ainda salientar que a vinculação legislativa é extensiva, abrangendo, afora a lei em sentido formal e as emendas constitucionais, todos os atos normativos praticados por entidades públicas (leis, regulamentos, estatutos etc.) e por entidades privadas que a lei tenha outorgado força de norma jurídico-pública (como, por exemplo, convenções coletivas do trabalho).²⁴²

Igualmente relevante é o dever de vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais, visto ser ele quem profere medidas materiais (decisões) de orientação e direcionamento de condutas, bem como declara a inconstitucionalidade dos atos dos demais órgãos estatais e de particulares. Dessa feita, o Judiciário possui a incumbência de conferir eficácia aos direitos fundamentais mediante a interpretação das normas do ordenamento jurídico, devendo dar prevalência ao princípio da constitucionalidade ante o princípio da legalidade.²⁴³

O controle de constitucionalidade configura-se como relevante garantia de supremacia dos direitos fundamentais, possibilitando o processo democrático em um Estado de Direito.²⁴⁴ Ademais, por meio do controle judicial também se verifica a compatibilidade de qualquer ato normativo com a Constituição.

Ressalta-se que o controle judicial não se dá exclusivamente frente a atos emanados pelo Legislativo, como também pelo Executivo. Até porque é o administrador público quem com maior frequência viola direitos fundamentais. De acordo com os ensinamentos de Manoel Ferreira Gonçalves Filho, na vivência prática dos direitos fundamentais o papel de vilão é ocupado pelo administrador público, seja ele ocupante dos mais altos ou menos elevados cargos, afinal é ele que “prende, censura, confisca, nega matrícula na escola, ou ingresso no hospital, não raro conspurca o meio ambiente..., ou seja, viola as liberdades públicas, não satisfaz os direitos sociais, não respeita os direitos de solidariedade”.²⁴⁵

²⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 346; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 441.

²⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 351; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 446.

²⁴⁴ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: Comentários aos Artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, Doutrina e Jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 52.

²⁴⁵ Prossegue o autor: “Ora, o reconhecimento de que esses agentes do Estado pecam freqüentemente contra os direitos do povo que aquele deve tutelar leva ao paradoxo de o próprio Estado contemporâneo organizar contra a atividade precípua de um dos seus

Entretanto, o Poder Judiciário tem de se libertar de certos posicionamentos atrasados e assumir, dentro dos limites do que seja legítimo e razoável, um papel mais ativo em relação ao cumprimento das normas constitucionais, especialmente as definidoras de direitos. Nessa lógica, acredita Luís Roberto Barroso ser necessário “superar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo”.²⁴⁶

Tem-se que um Poder Judiciário ativo é condição para a efetivação dos direitos fundamentais. Nas lições de Clèmerson Merlin Clève: “cumpre, em determinadas circunstâncias, e para determinadas situações, defender um certo ativismo judicial (conseqüente e responsável) fortemente articulado do ponto de vista da consistência discursiva (motivação) e da riqueza argumentativa (convencimento)”.²⁴⁷ O autor paranaense entende que cabe ao Poder Judiciário fulminar políticas públicas que estejam contrastando com os mandamentos constitucionais, atuando como legislador negativo e aplicando multas para obrigar o encaminhamento de propostas legislativas e administrativas (sobretudo no campo orçamentário) necessárias à satisfação progressiva dos direitos fundamentais sociais.²⁴⁸

Os direitos fundamentais vinculam todos os Poderes estatais; vinculam o Legislativo, que deverá legislar para concretizar os direitos fundamentais, em particular os de cunho prestacional; vinculam o Judiciário que, ao decidir, deverá aplicar os direitos fundamentais, inclusive, fiscalizando e corrigindo eventuais ações ou omissões incompatíveis com os mandamentos constitucionais de proteção do ser humano; e, por fim, vinculam o Executivo, que ao mesmo tempo

Poderes todo um complexo sistema de proteção, por isso mobilizando outro Poder, ou pelo menos órgãos nisso especializados (afora todo um sistema preventivo destinado a evitar ilegalidades)”. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 83.)

²⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 257.

²⁴⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Desafio da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. n. 3. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003, p. 299.

²⁴⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Desafio da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. n. 3. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003, p. 292-293.

deverá respeitar os direitos de defesa e oferecer as prestações necessárias para a realização dos direitos fundamentais, nos termos a seguir expostos.

5.3.

O Direito Administrativo e sua Vinculação aos Direitos Fundamentais

Com a constitucionalização, observa-se a inafastável vinculação do Direito Administrativo aos ditames constitucionais, em especial aos direitos fundamentais.

A propósito, Marçal Justen Filho leciona que “a transformação concreta da realidade social e sua adequação ao modelo constitucional dependem primordialmente do desenvolvimento de atividades administrativas efetivas”, não bastando a promulgação de uma Constituição para realizar os valores sociais por ela desejados. Nesse sentido, todas as instituições do Direito Administrativo devem ser interpretadas consoante os valores constitucionais, vez que “a supremacia da Constituição não pode ser mero elemento do discurso político. Deve constituir o núcleo concreto e real da atividade administrativa.”²⁴⁹

Romeu Felipe Bacellar Filho assevera que a supremacia da Constituição sobre todas as normas do ordenamento jurídico impõe que o processo de produção legislativa e interpretação do Direito Administrativo seja levado a cabo conforme os princípios constitucionais. Denota-se, por conseguinte, “um movimento da Constituição em direção à Administração ou ao Direito Administrativo, e da Administração e do Direito Administrativo para a Constituição”.²⁵⁰ Destaca o jurista a necessidade da compatibilidade formal e material entre Direito Administrativo constitucional e infraconstitucional. A compatibilidade formal dá-se quando a lei for elaborada pelo órgão competente, respeitado o procedimento constitucionalmente determinado. A compatibilidade material, por sua vez, ocorre sempre que se preserva a ordem de valores constitucionalmente consagrados, notadamente o da dignidade da pessoa humana.²⁵¹

²⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 14.

²⁵⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 27.

²⁵¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 29-30.

As atividades administrativas, desse modo, não mais se validam pelo princípio da legalidade, devendo a Administração Pública pautar-se na Constituição (e não simplesmente na lei) e, conseqüentemente, observar todos os princípios constitucionalmente consagrados, substituindo a noção de legalidade por juridicidade.²⁵² Romeu Felipe Bacellar Filho, inclusive, adverte que o administrador público, afeiçoado à visão de legalidade a qualquer custo, com desconsideração a outros valores, exerceu suas prerrogativas, por muito tempo, de maneira hegemônica e incontestável, e que a disciplina constitucional administrativa propicia “novos arsenais jurídicos para alteração do quadro tradicional de um ‘Direito Administrativo autoritário’, marcado pela pouca atenção dispensada aos direitos e garantias integrantes do patrimônio do cidadão”.²⁵³

A interpretação e a aplicação do Direito Administrativo, dentro de um Estado Social e Democrático de Direito, caracteriza-se, assim, não somente pela centralidade e supremacia da Constituição, mas também, e por subseqüente, pela observância aos direitos fundamentais.

Observa-se que o Direito Administrativo subordina-se à supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais e, destarte, a atuação do administrador público não mais se legitima se não direcionada à tutela desses direitos, até porque a concretização, principalmente dos direitos de cunho prestacional, muitas vezes, dependem da atividade administrativa, a qual por meio de serviços públicos disponibiliza prestações básicas aos indivíduos.

Aliás, conquanto se possa reconhecer que durante muito tempo predominou uma idéia autoritária do Direito Administrativo, verifica-se que o próprio aparecimento desse ramo jurídico está relacionado à proteção de direitos

²⁵² Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera que o princípio da legalidade “há de ser observado, não no sentido estrito, concebido pelo positivismo jurídico e adotado no chamado Estado Legal, mas no sentido amplo que abrange os princípios que estão na base do sistema jurídico vigente, e que permitem falar em Estado de Direito propriamente dito”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 173.) Acrescenta Romeu Felipe Bacellar Filho: “Legitimidade, juridicidade ou validade é mais do que legalidade. A legalidade representa a conformidade do ato com a lei. A legitimidade configura a consonância do ato não só com a lei, mas com o direito todo”. (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 53.)

²⁵³ Complementa o autor: “a afirmação de princípios constitucionais expressos da Administração Pública – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*) – altera a perspectiva de um Direito Administrativo ancorado unilateralmente no princípio da legalidade. Além do sentido e alcance da legalidade depender da interpenetração com os demais, não se pode perder de vista a visão conjuntural, da inserção num sistema constitucional”. (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 21-22 e 29.)

básicos do ser humano.

O Direito Administrativo surgiu, enquanto objeto de estudo da Ciência Direito Administrativo, com a evolução do Estado Absolutista para o Estado de Direito, progredindo devido aos ideais que resultaram na Revolução Francesa e na orientação de tripartição dos poderes pregada por Montesquieu em sua obra *L'Esprit des Lois*. Embora buscasse o estabelecimento de normas para firmar a vontade do governante, sem esquecer dos valores pregados pelo Liberalismo, o nascimento do Direito Administrativo também estava voltado à proteção do indivíduo frente aos abusos até então cometidos pelo Estado (como já amplamente explanado).²⁵⁴

Nos ensinamentos de Maria João Estorninho, o surgimento do Direito Administrativo insere-se no contexto da “visão liberal do mundo”, assente na separação entre o Estado e a sociedade, de forma a garantir a propriedade e a intimidade, valores fundamentais que o Liberalismo procurava preservar a todo custo. Disciplina que, segundo a jurista, queria que se fosse, ao mesmo tempo, instrumento do Liberalismo e meio de realização da atividade administrativa, e, proteção do indivíduo contra o Executivo e meio de consecução de vontade desse mesmo Poder.²⁵⁵

Com a ascensão de um novo modelo de Estado – Estado Provedor – apto a dirimir a extrema situação de miséria em que se encontrava grande parte da população, estreitam-se as relações entre Estado e sociedade e a função prestacional estatal adquire contornos mais relevantes. Conforme afirma Maria João Estorninho, enquanto o Estado Liberal, direcionado tão-somente à supervisão dos acontecimentos sociais, cumpria seus fins administrativos somente por meio de uma intervenção pontual e esporádica da Administração; o Estado Social, empenhado na satisfação das necessidades sociais, viu-se obrigado a alargar as relações entre a Administração e o particular.²⁵⁶

²⁵⁴ Convém ressaltar que, inicialmente, seu desenvolvimento deu-se com mais propriedade na França, haja vista o estabelecimento de um ramo jurídico voltado à Administração Pública, culminando com a criação de tribunais administrativos, sistema esse denominado contencioso administrativo. (BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. Juruá: Curitiba, 2006, p. 15-16.)

²⁵⁵ ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado*. Contributo para o Estudo da Actividade de Direito Privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1996, p. 31-33.

²⁵⁶ ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado*. Contributo para o Estudo da Actividade de Direito Privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1996, p. 39.

Diante do aumento das atribuições do Estado, em virtude da quantidade de direitos dele exigíveis, a vinculação do Direito Administrativo, e conseqüentemente da atividade administrativa, aos direitos fundamentais torna-se cada vez mais visível.

Marçal Justen Filho, inclusive, já na própria definição de Direito Administrativo²⁵⁷ assinala sua inescusável vinculação a esses direitos. O Direito Administrativo, na visão do autor paranaense, “é o conjunto das normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias à realização dos direitos fundamentais e a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho”. Tal ramo do Direito, acrescenta, somente se justifica como instrumento para a consolidação dos direitos fundamentais, entre os quais avulta a dignidade humana.²⁵⁸

Portanto, a constitucionalização do Direito, e em destaque do Direito Administrativo, ao incorporar (e centralizar) os valores consagrados na Constituição da República, orienta as atividades administrativas à consecução dos direitos fundamentais,²⁵⁹ os quais são supremos num Estado Social e Democrático de Direito. Dentro dessa lógica, a realização dos direitos fundamentais apresenta-se, de um lado, como imperativo ao administrador público e, de outro, como núcleo do Direito Administrativo.

²⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1. Vários são os critérios para conceituação de Direito Administrativo, dentre os quais: legalista; serviço público; Poder Executivo; relações jurídicas do Estado; teleológico; residual; objetivo-subjetivo; Administração Pública. (Cf. BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. Juruá: Curitiba, 2006, p. 17-18.)

²⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 3-4; 44-45.

²⁵⁹ Conforme ensinamentos de Ana Paula de Barcellos: “um dos traços do constitucionalismo atual é a normatividade das disposições constitucionais, sua superioridade hierárquica e a centralidade no sistema e, do ponto de vista material, a incorporação de valores e opções políticas, dentre as quais se destacam, em primeiro plano, aquelas relacionadas com os direitos fundamentais. (...) a Constituição é a norma jurídica central no sistema e vincula a todos dentro do Estado, sobretudo os Poderes Públicos. E, de todas as normas constitucionais, os direitos fundamentais integram um núcleo normativo que, por variadas razões, deve ser privilegiado”. (BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. *Revista de Direito Administrativo*. n. 240. Rio de Janeiro: abr./jun. 2005, p. 85 e 89.)

5.4.

A Satisfação dos Direitos Fundamentais como Imperativo à Atuação do Administrador Público

A vinculação do Poder Executivo aos direitos fundamentais atinge todos os órgãos com natureza de direito público ou de direito privado nas relações com atribuições de natureza pública,²⁶⁰ ou seja, sempre que houver privilégios ou prerrogativas de autoridade haverá, necessariamente, vinculação aos direitos fundamentais.

Segundo alude Ingo Wolfgang Sarlet, o importante é “frisar a necessidade de os órgãos públicos observarem nas suas decisões os parâmetros contidos na ordem de valores da Constituição, especialmente dos direitos fundamentais”. Fato esse que, para o jurista, “assume especial relevo na esfera da aplicação e interpretação de conceitos abertos e cláusulas gerais, assim como no exercício da atividade discricionária”.²⁶¹

A atuação do administrador público deve estar voltada à concretização dos direitos fundamentais, não sendo diversa a lógica quando se tratar de ato de competência discricionária. Desse modo, será melhor a atuação quanto maior for a concretização dos direitos fundamentais.

²⁶⁰ Com a vinculação também a órgãos com natureza de direito privado, evita-se a chamada fuga para o privado, consoante afirma Ingo Wolfgang Sarlet: “O que se pretende com esta abrangência do efeito vinculante é justamente evitar que os órgãos da administração venham a se furtar à vinculação aos direitos fundamentais por meio de uma atuação nas formas de direito privado, resultando naquilo que os alemães costumam denominar de uma fuga para o direito privado. (...) O que importa é a constatação de que os direitos fundamentais vinculam os órgãos administrativos em todas as suas formas de manifestação e atividades, na medida em que atuam no interesse público, no sentido de um guardião e gestor da coletividade”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 347.)

²⁶¹ Todavia, convém ao menos informar (pois o aprofundamento desvirtua do objetivo da presente pesquisa) a problemática que a doutrina enfrenta nesse tocante ao saber se o administrador deve aplicar um ato legislativo que considere inconstitucional, porque nessas situações visualiza-se um embate entre o princípio da legalidade e o princípio da constitucionalidade. Dessa feita, de um lado privilegia-se a segurança jurídica e a presunção de constitucionalidade do ato legislativo, enquanto de outro privilegia-se a primazia da Constituição e, dependendo do caso, a primazia dos direitos fundamentais. Embora haja variados argumentos de ambos os lados, o entendimento que está se consolidando é o da aplicação do critério da proporcionalidade, mediante a aferição das peculiaridades do caso concreto. (Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 348-350; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 443; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Competência dos Tribunais Administrativos para Controle de Constitucionalidade*. Revista Interesse Público. Porto Alegre: ano 5, n 24, mar./abr. 2003, p. 24-29.)

Consoante salienta José Joaquim Gomes Canotilho, na interpretação e aplicação de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados, bem como no exercício de poderes discricionários, a Administração deve ponderar todos os pontos de vista de interesse para os direitos, liberdades e garantias relevantes para a solução do caso concreto. Para o autor lusitano, os direitos fundamentais constituem, desde logo, medidas de valoração decisivas quando a Administração Pública tem de densificar conceitos indeterminados ou ainda praticar atos no exercício de um poder discricionário.

A força dirigente dos direitos fundamentais relativamente ao Poder Executivo se impõe, ademais, mesmo perante os tradicionais atos de governo, praticados no exercício de uma função política ou governamental. Quanto mais ténue for a vinculação à lei, conclui o autor, tanto mais forte é a sua vinculação imediata aos direitos fundamentais.²⁶²

Dessa maneira, toda atividade administrativa deve estar voltada à realização de direitos fundamentais, não se esquivando desse dever as atividades discricionárias, ainda que diante de conceitos imprecisos como interesse público, razões de Estado ou bem maior. Se, quando do exercício da competência administrativa, o agente não se pautar na aplicação de direitos fundamentais, o ato será inválido, por desvio de sua finalidade.

Caio Tácito também observa que a competência discricionária encontra sua moldura nos comandos superiores da Constituição.²⁶³ E, como visto, a Constituição confere primazia ao ser humano, pelo que evidente a íntima conexão entre oportunidade e conveniência, solução ótima e direitos fundamentais.

A abordagem que será dada no próximo tópico justifica-se pelo fato de os serviços públicos serem instrumentos indispensáveis para a efetividade de direitos fundamentais sociais prestacionais.

²⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 443-446.

²⁶³ TÁCITO, Caio. *A Constituição e o Direito Administrativo*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: n. 232. abr./jun. 2003, p. 54-55.

5.5.

O Serviço Público como Instrumento de Concretização dos Direitos Fundamentais

5.5.1.

A Importância Histórica do Serviço Público

O “serviço público” possui fundamental importância não só por sua manifestação direta na sociedade, ligada à prestação de necessidades ou utilidades aos indivíduos, mas também para a evolução do Direito Público, posto que influentes juristas partiam dessa noção para definir e compreender o Direito Administrativo.

Léon Duguit, um dos precursores da Escola do Serviço Público no início do século XX, afirmava que o Direito Administrativo poderia ser explicado a partir dos princípios que norteavam o serviço público. O publicista francês concebia o instituto como “limite e fundamento do poder governamental”.²⁶⁴

O serviço público era tido como idéia-chave, como pedra angular do Direito Administrativo. Propagava-se, inclusive, que a noção de poder como elemento fundante do direito público deveria ser substituída pela noção de serviço público, com suporte na idéia de obrigação estatal ao atendimento das necessidades básicas dos indivíduos, justificando, destarte, o poder atribuído aos governantes.²⁶⁵ Para Jean Rivero, a Escola do Serviço Público “acreditava poder explicar todas as particularidades do direito administrativo pelas necessidades do serviço público”.²⁶⁶

Ao traçar uma evolução histórica do serviço público, mesmo que de forma breve, dois casos paradigmáticos ocorridos na França são de essencial referência, quais sejam o caso Blanco e o caso Terrier.

²⁶⁴ DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. v. 2. 2. ed. Paris: Libraire Fontemoing, 1923, p. 70.

²⁶⁵ Conforme relatado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Léon Duguit (...) considerava o serviço público como atividade ou organização, em sentido amplo, abrangendo todas as funções do Estado; ele chegou ao ponto de pretender substituir a noção de soberania pela de serviço público, dizendo que o Estado é uma cooperação de serviços públicos organizados e fiscalizados pelos governantes. Para ele, em torno da noção de serviço público gravita todo o direito público”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 80.)

²⁶⁶ RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1962, p. 146.

O primeiro, julgado pelo Tribunal de Conflitos em 08 de fevereiro de 1.873, constitui o marco inicial da noção de serviço público.²⁶⁷ O pai da menina Agnès Blanco, embasando sua demanda no princípio da responsabilização estatal por conduta danosa dos agentes públicos, requereu indenização em decorrência de acidente sofrido pela sua filha quando atingida, ao atravessar a rua, por um vagão carregado de tabaco de uma empresa integrante da Administração Pública francesa. Por intermédio da decisão, entendeu-se que Administração é conduzida por um regime especial quando da prestação de serviços públicos. O episódio, ainda, foi precursor por estabelecer o critério do serviço público como definidor para uma lide ser submetida ao contencioso administrativo francês, ao invés da jurisdição comum.²⁶⁸

O segundo caso refere-se à demanda proposta por M. Terrier visando ao pagamento de remuneração pelos serviços prestados à prefeitura de Saône-et-Loire, a qual ofereceu aos particulares, por não dispor de condições de aniquilar o grande número de víboras que apareceram na região, determinada quantia por cada espécie morta. No entanto, em razão do elevado extermínio, a prefeitura não dispunha de verbas suficientes para o pagamento devido aos particulares. O julgamento do litígio, datado de 6 de fevereiro de 1.903, é de extrema relevância, sendo responsável pela caracterização do serviço público com base no conteúdo das atividades desempenhadas. No caso em tela, mesmo tendo sido prestado por particulares, a tarefa de caça às víboras foi considerada serviço público, visto atender a uma necessidade coletiva.²⁶⁹

Outrossim, a importância e o desenvolvimento do serviço público pelo Direito francês também se deve à noção de solidariedade social, propagada pelas teorias de Émile Durkheim, Auguste Comte, Léon Bourgeois e Proudhon, dentre outras, pelas quais se buscava compreender e fundamentar o novo papel do Estado.²⁷⁰

²⁶⁷ Cf. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 27.

²⁶⁸ Acrescenta Dinorá Adelaide Musetti Grotti: “Contudo, a noção de serviço público ainda não era bem delimitada à época, sendo somente três décadas depois dedicados estudos mais aprofundados a respeito do tema”. (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 28-29.)

²⁶⁹ JUSTEN, Mônica Spezia. *A Noção de Serviço Público no Direito Europeu*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 26.

²⁷⁰ Cf. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 31.

Ocorre que desde a origem do instituto o critério para caracterizar a atividade enquanto serviço público não é uníssono pelos juristas, razão pela qual se faz pertinente uma análise das principais definições de serviço público apresentadas na doutrina brasileira.

5.5.2.

A Caracterização de Serviço Público

A dificuldade em adotar um critério que erija uma atividade à categoria de serviço público deve-se ao fato de não ser um instituto definido na legislação, porém conceituado doutrinariamente.²⁷¹

Os juristas Léon Duguit e Gaston Jèze, pertencentes à Escola do Serviço Público, embora adotassem o instituto como viga mestra do direito público, defendiam posições antagônicas quanto ao seu elemento caracterizador.

Duguit acreditava haver um conteúdo material que definia o serviço público. Este, nas palavras do autor, envolvia “toda atividade cujo cumprimento deve ser regrado, assegurado e controlado pelos governantes, porque é indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e que é de tal natureza que não pode ser cumprida completamente senão pela força governante”.²⁷²

Gaston Jèze, por seu turno, diferentemente da concepção abstrata e objetiva de Duguit, adotava uma noção subjetiva e formal, vinculando o instituto ao procedimento de direito público. Para aquele, serviço público era toda atividade determinada pelo governante como pertencente a um regime jurídico especial, justificado pela necessidade de facilitar o funcionamento regular e contínuo dessas atividades de interesse coletivo. Assim, para ele, a

²⁷¹ Para Caio Tácito, devido às discrepâncias doutrinárias, a definição de serviço público é “fugida e variável, assemelhando-se, na disparidade de critérios e definições, a um diálogo de surdos em que não se entendem os interlocutores”. (TÁCITO, Caio. O Conceito de Serviço Público. In: *Temas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 637.)

²⁷² DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. v. 2. 2. ed. Paris: Librairie Fontemoing, 1923, p. 55. A crítica feita ao critério *duguista* refere-se à sua concepção sociológica, e não jurídica, sendo útil apenas no sentido de o legislador ter um norte ao estabelecer qual atividade pode ser considerada enquanto serviço público. (Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 167.)

caracterização do serviço público decorria do critério legal, e não do material.²⁷³ Note-se, contudo, que mesmo seguindo a concepção formal, a finalidade da Administração Pública em satisfazer necessidades de interesse geral também estava presente na concepção de Gaston Jèze.

Muitos foram os estudiosos que colaboraram para uma melhor compreensão a respeito do serviço público, dentre eles Roger Bonnard, Maurice Hauriou, Rafael Bielsa, Themístocles Brandão Cavalcanti.²⁷⁴ Para os propósitos desta pesquisa, no entanto, centralizar-se-á o estudo nos autores brasileiros contemporâneos, trazendo-se à colação a definição e a caracterização de serviço público por eles elaboradas.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o serviço público é:

toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público — portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais —, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.²⁷⁵

Destaca-se, pelo conceito do jurista, que o serviço público, a fim de não confundir com as demais atividades estatais, deve ser prestado a todos indiscriminadamente, seja pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes, bem como oferecer utilidade ou comodidade material aos indivíduos.

Em sua obra²⁷⁶, Celso Antônio Bandeira de Mello, inclusive, diferencia serviço público de outras atividades desenvolvidas pelo Estado, tais como obra pública, poder de polícia e exploração estatal de atividade econômica:

Obra pública é a construção, reparação, edificação ou ampliação de um bem imóvel pertencente ou incorporado ao domínio público. Enquanto a obra é,

²⁷³ Duguit criticou tal concepção afirmando que o Estado não é o titular exclusivo da criação de direitos, tampouco o serviço transformar-se-á em público pela vontade do legislador. Jèze, no entanto, defendia-se afirmando, mais uma vez, tratar-se de uma crítica embasada em argumentos sociológicos, mas não jurídicos. (JÈZE, Gaston. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. vol. 2. Buenos Aires: Depalma, 1949, p. 19, nota 35.)

²⁷⁴ Cf. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

²⁷⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 632.

²⁷⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 642-646.

em si mesma, um produto estático, o serviço é uma atividade, algo dinâmico; enquanto a obra é o produto cristalizado de uma operação humana, o serviço é a própria operação ensejadora do desfrute; enquanto a fruição da obra independe de uma prestação (salvo quando é apenas o suporte material para a prestação de um serviço), a fruição do serviço é a fruição da própria prestação; e, finalmente, enquanto a obra, para ser executada, não presume a existência prévia de um serviço, o serviço público, normalmente, para ser prestado, pressupõe uma obra que lhe constitui o suporte material. Destarte, a construção de uma estrada, de um túnel, de uma escola ou a pavimentação de uma rua não correspondem a serviços públicos, mas a obras públicas.

Poder de polícia, por sua vez, é a prerrogativa do Estado, mediante lei, condicionar ou limitar o exercício da liberdade e da propriedade dos indivíduos para compatibilizá-las com o bem-estar social, o que pressupõe a prática de atos, ora preventivos, ora fiscalizadores e ora repressivos. Serviço público e poder de polícia, dessa feita, têm sentidos antagônicos: enquanto o serviço público visa a ofertar ao administrado uma utilidade mediante prestações feitas em prol de cada um; o poder de polícia, para a proteção do interesse de todos, propõe-se a restringir, limitar ou condicionar as possibilidades de atuação livre do indivíduo.

Já a exploração de atividade econômica, em regra, está direcionada à atuação dos particulares, e como tal, é insuscetível de ser nominada como serviço público. Ao Poder Público cabe apenas excepcionalmente geri-la quando movido por imperativos de “segurança nacional” ou por “relevante interesse coletivo”, casos em que atuará, predominantemente, na conformidade com o direito privado. De igual modo, não se deve confundir serviço público com atividades privadas que, por força de lei, estejam sujeitas à prévia autorização de órgãos públicos. Tais atividades não são assumidas pelo Estado como próprias, apenas determinam uma prévia manifestação administrativa destinada a verificar se será desempenhada dentro de condições compatíveis com o interesse público (decorrentes do poder de polícia). Pertencem ao campo da iniciativa privada, e portanto, por definição, não constituem serviço público.

Celso Antônio Bandeira de Mello estabelece um conceito estrito de serviço público, correspondente às atividades assumidas pelo Estado por serem reputadas imprescindíveis, necessárias ou relacionadas a conveniências básicas da sociedade em dado tempo histórico e, por consequência, excluídas da esfera do comércio privado (com exceção de determinadas atividades, como, por

exemplo, educação e assistência social) e submetidas ao regime de direito público.²⁷⁷

Segundo o autor, além dos serviços públicos consagrados na Constituição da República, pode o Estado, via legislativa, qualificar determinada atividade como tal, assumindo-a e submetendo-a ao regime de direito público, desde que respeitados os limites constitucionais, sobretudo as normas referentes à ordem econômica, as quais são garantidoras da livre iniciativa. Em outras palavras, tendo em vista o fato de o ordenamento jurídico não definir o que sejam “atividades econômicas”, remanesce ao legislador margem de atuação para classificar certas atividades como “serviço público”, respeitados os limites consagrados na Constituição.²⁷⁸

Na apreciação de Odete Medauar, serviço público é a atividade prestacional (fim) pela qual o Poder Executivo propicia algo necessário à vida coletiva. Para a autora, a definição de serviço público encontra-se no plano da concepção política dominante, seja por meio da Constituição da República, das leis ou da tradição.²⁷⁹

Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt afirma que caracterizar uma atividade enquanto serviço público tem como pressuposto a satisfação de necessidades inerentes à dignidade da pessoa humana. Entretanto, ressalta que na doutrina brasileira prevalece o posicionamento que compreende o serviço público enquanto “toda atividade que o ordenamento jurídico determinar que assim o seja, conforme o entendimento social, econômico, cultural de uma sociedade num determinado tempo”.²⁸⁰

Dinorá Adelaide Musetti Grotti, de outro tanto, assevera que “cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico”. A qualificação de uma atividade como serviço público, para a jurista, “remete ao plano da concepção do Estado sobre seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na

²⁷⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 635-636.

²⁷⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 646.

²⁷⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 313-314.

²⁸⁰ BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Manual de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 213-214.

Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado tempo histórico”.²⁸¹

Na acepção de Marçal Justen Filho “serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob regime de direito público”.²⁸²

Consoante o jurista, não basta que a atividade propicie alguma utilidade aos indivíduos - afinal há atividades econômicas em sentido estrito que também oferecem utilidades sociais -; é necessária a sua vinculação a direitos fundamentais, em especial à dignidade da pessoa humana.²⁸³ Em seu conceito, ademais, evidencia que o serviço público é uma atividade administrativa, o que exclui as atividades legislativas e jurisdicionais, e está relacionado ao atendimento concreto de necessidades, o que afasta certas atividades exercidas pelo Poder Executivo, tais como arrecadação tributária e funções políticas do chefe desse Poder.²⁸⁴

Cabe mencionar ainda os ensinamentos de Eros Roberto Grau, o qual parte da idéia de que atividade econômica em sentido amplo conota gênero que abrange duas espécies: atividade econômica em sentido estrito e serviço público. Nesse contexto, acredita o autor que inexistente oposição entre atividade econômica e serviço público, assim ponderando:

²⁸¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 87.

²⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 478.

²⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 21.

²⁸⁴ Diferentemente da concepção adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello, Marçal Justen Filho entende não haver necessidade de que a fruição seja individual, bastando produzir “a satisfação de necessidades individuais, homogêneas ou não, assim como a de interesses transindividuais (coletivas ou difusas)”. Como exemplo, cita o serviço de varrer ruas e de iluminação pública. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 479.) Maria Sylvia Zanella Di Pietro também discorda da fruição individual enquanto elemento necessário para definição de serviço público, ao citar exemplos de serviços públicos que beneficiam os indivíduos somente de forma indireta, como é o caso de serviços diplomáticos e dos trabalhos de pesquisa científica. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 82.) Ainda, Marçal Justen Filho leciona que o serviço público pode significar prestações não só materiais, mas também imateriais, como é o caso de assistência psicológica aos necessitados, bem como as atividades de rádio e de televisão. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 480.)

A prestação de serviço público está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podermos afirmar que o serviço público é um tipo de atividade econômica. Serviço público — dir-se-á mais — é um tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público. Não exclusivamente, note-se, visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão. Serviço público está para o setor público assim como a atividade econômica (em sentido estrito) está para o setor privado.²⁸⁵

Outrossim, imperioso transcrever o pensamento de Luís Roberto Barroso,²⁸⁶ para quem os serviços públicos – uma das formas de atuação do Estado na ordem econômica ao lado da exploração de atividade econômica – seriam aqueles intimamente vinculados às funções típicas do Estado, envolvendo seu poder de império (“serviços públicos inerentes”) ou aqueles assim definidos pelo constituinte, que por razão de relevância ou outras considerações de interesse público foram elevados ao *status* de serviço público (“serviço público por opção político-constitucional”).

Dos posicionamentos supramencionados, verifica-se que, em regra, três elementos estão presentes nas definições dos autores, quais sejam: i) existência de uma finalidade na prestação dos serviços; ii) vínculo entre o Estado e o serviço prestado e iii) regime jurídico incidente sobre os serviços. A discussão reside em se adotar um único elemento e fazê-lo de critério caracterizador do serviço público.

Antes de adentrar aos critérios caracterizadores do serviço público, faz-se necessário primeiramente, em atenção à divergência encontrada na Doutrina, registrar a possibilidade, ou não, de o legislador definir determinada atividade como serviço público.

Celso Antônio Bandeira de Mello defende que o Estado pode qualificar qualquer atividade que deseje como serviço público, assumindo-a e submetendo-a ao regime de Direito Público, desde que tal vontade haja se traduzido idoneamente em lei. Para o autor, o reconhecimento deve ser feito segundo os “critérios e padrões vigentes em dada época e sociedade; ou seja, em certo tempo e espaço, de acordo com a inteligência que nela se faz do que sejam a ‘esfera econômica’ (âmbito da livre iniciativa) e a esfera das atividades

²⁸⁵ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 131.

²⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. Regime Constitucional do Serviço Postal: Legitimidade de Atuação da Iniciativa Privada. *Revista dos Tribunais*. v. 90. n. 786. São Paulo: abr. 2001.

existenciais à sociedade em um momento dado e que, por isto mesmo, devem ser prestadas pelo próprio Estado ou criatura sua ('serviços públicos')".²⁸⁷

Corroborando o entendimento de que a qualificação de determinada atividade como serviço público decorre de reconhecimento legislativo, Luiz Alberto Blanchet leciona:

É serviço público somente a atividade assim considerada pela Constituição da República ou pela lei, atividade esta prestada de forma permanente submetida ao regime de direito público, executada concreta e diretamente pelo Estado, ou por aqueles a quem tal incumbência for delegada, visando à satisfação de necessidades ou à criação de utilidades, ambas de interesse coletivo.²⁸⁸

Acredita o jurista que estão excluídas da categoria de serviço público as atividades necessárias ao exercício do chamado poder de polícia, as relativas às restrições estatais sobre a propriedade privada, as atividades econômicas próprias da iniciativa empresarial a que refere o artigo 173 da Constituição da República (as quais também são de interesse coletivo) e as atividades de natureza legislativa e jurisdicional.

Para Luiz Alberto Blanchet, a Constituição da República, nos artigos 21, incisos X, XI, XII e XV; 25, §2º, e 30, inciso V, e numera alguns serviços públicos, mas o faz apenas exemplificativamente, pois não elimina a possibilidade de a legislação ordinária definir como públicos outros serviços além dos arrolados constitucionalmente. Entretanto, assinala o autor que no Brasil não há discricionariedade legislativa para transformar em serviço público a atividade que esteja sendo prestada pela iniciativa privada ou que não esteja vinculada ao interesse público.²⁸⁹

Luís Roberto Barroso, em sentido diverso, afirma que o legislador ordinário não detém competência para qualificar determinada atividade como serviço público, sob pena de inconstitucionalidade por violação ao princípio da livre-iniciativa.

Em que pese o posicionamento defendido por Luís Roberto Barroso, há de se considerar a permissão de o legislador ordinário, no uso de sua discricionariedade, qualificar outras atividades enquanto serviço público, desde

²⁸⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 654.

²⁸⁸ BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 53.

²⁸⁹ BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 52.

que a eleição não seja arbitrária, tampouco desmedida. É preciso analisar a finalidade da norma ao caracterizar determinada atividade como serviço público, buscando seu vínculo com a satisfação de necessidades coletivas, com a consecução dos objetivos consagrados na Constituição da República ou ainda com a dignidade da pessoa humana, sob pena de invalidação da escolha.²⁹⁰

Registre-se que apesar de a Constituição da República de 1.988 não ter conceituado o instituto, ao dispor, em seu artigo 175, que incumbe ao Estado, na forma da lei, a prestação de serviços públicos, diretamente ou mediante regime de concessão ou permissão, normatizou o instituto, conferindo-lhe, nos dizeres de Almiro do Couto e Silva, certa rigidez normativa.²⁹¹

Pertinente a observação de Vivian Cristina Lima López Valle no sentido de que o legislador tem pouca autonomia na configuração do serviço público, visto uma atividade somente poder ser assim qualificada se seu conteúdo estiver intimamente relacionado à dignidade da pessoa humana, sob pena de irrazoabilidade legislativa reprovável pelo ordenamento jurídico.²⁹²

Convém igualmente ressaltar que dentre os motivos apresentados pelos juristas para que certa atividade seja erigida à categoria de serviço público, destacam-se as lições de Odete Medauar, para quem o serviço será público

²⁹⁰ Importante, também, nesse sentido, evidenciar que quanto à caracterização do serviço público, os juristas defensores da existência de margem de atuação ao legislador, ainda se dividem em dois grupos, os que defendem a corrente formalista e os que defendem a corrente essencialista. Dinorá Adelaide Musetti Grotti assim sintetiza as divergências desses grupos: "(...) todos os autores citados reconhecem poderes ao legislador ordinário pra estruturar dado serviço como público, mas que não há liberdade total para essa determinação. Discordam, contudo, quanto à identificação dos limites a serem impostos ao legislador infraconstitucional para a caracterização de um serviço como público. Para os formalistas esses limites decorrem do regime normativo, enquanto que os essencialistas atribuem força a uma qualidade da própria atividade: sua natureza já indicaria que o serviço é público". (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 105.)

²⁹¹ SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o Novo Exercício de Funções Públicas por Particulares. Serviço Público à Brasileira? *Revista de Direito Administrativo*. n. 230. Rio de Janeiro: out./dez. 2002.

²⁹² A autora ainda manifesta a necessidade de cautela em deixar a tarefa exclusivamente ao legislador, sem que haja qualquer preocupação com o conteúdo material da atividade, pois remeter "à discricionariedade do administrador e do legislador o poder de definir linhas mestras do serviço público, o que, sem dúvida, apresenta-se, no mínimo, dada a realidade social e política brasileira, temerário e preocupante. Isso porque não se percebe, nesse cenário, a lógica de proteção do cidadão sujeito de direitos, mas apenas e tão somente a proposta de oferecimento de utilidades ao consumidor. Parece óbvia a possibilidade de exclusão social a partir dessas premissas". (VALLE, Vivian Cristina Lima López. *O Novo Conceito de Serviço Público*. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 519 e 533.)

quando: o setor for delicado para deixar ao bel-prazer dos particulares; o serviço prestado for beneficiar os menos favorecidos; o serviço venha a suprir carência da iniciativa privada ou a favorecer o progresso técnico.²⁹³

Em razão da importância acerca dos critérios identificadores do serviço público, mister aprofundar o estudo a respeito, visando a analisar sua função no atual modelo estatal.²⁹⁴

5.5.2.1.

O Critério Material

Por intermédio do critério material, também designado objetivo ou essencial, define-se serviço público como a atividade que tem por objeto a concretização das necessidades dos indivíduos, de acordo com o momento histórico em que a sociedade está inserida; ou seja, haverá serviço público em razão da natureza da atividade.

Para Marçal Justen Filho, o critério material é o responsável pela caracterização do serviço público, sendo os demais critérios (subjetivo e formal), adiante analisados, dele decorrentes lógicos. Nas palavras do autor:

O aspecto material ou objetivo é mais relevante do que os outros dois, sob o ponto de vista lógico. Os outros dois aspectos dão identidade ao serviço público, mas são decorrência do aspecto material. Certa atividade é qualificada como serviço público em virtude de dirigir-se à satisfação direta e imediata de direitos fundamentais. Como conseqüência, essa atividade é submetida ao regime de direito público e, na maior parte dos casos, sua titularidade é atribuída ao Estado. Em síntese: um serviço é público porque se destina à satisfação de direitos fundamentais e não por ser de titularidade estatal, nem por ser desenvolvido sob regime de direito público. Essas duas são conseqüências da existência de um serviço público.²⁹⁵

²⁹³ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 314.

²⁹⁴ Muitos juristas posicionaram-se pela desnecessidade ou inutilidade na busca de um critério definidor de serviço público, importando sim os aspectos de sua regulação, visto serem as normas atinentes às atividades estatais que necessitam de mais profunda análise. (Cf. GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2. 3. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998, p. VI; e SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.)

²⁹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 482.

Em se adotando o critério material como caracterizador do serviço público, imprescindível definir o seu conteúdo. Ocorre que tal definição não é pacífica na doutrina. Por exemplo, para uns, configura-se serviço público sempre que a atividade estiver voltada à satisfação de direitos fundamentais; segundo outros, quando o serviço estiver voltado à realização dos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito consagrados na Constituição da República²⁹⁶.

Os defensores desse critério aduzem ser ele fundamental em momentos de crise ou de reforma do aparelhamento estatal, vez que existem serviços dotados de alto grau de essencialidade — notadamente em países latino-americanos, onde um dos problemas discutidos referente ao mínimo existencial ainda é a fome — que não podem ser suprimidos pelo Estado, mesmo quando ausente a vontade do legislador nesse sentido.

Contudo, somente a utilização do critério material não se revela suficiente para a caracterização do serviço público, eis que: i) nem toda satisfação de necessidades deve ser considerada serviço público, pois qualquer atuação estatal deve estar direcionada ao bem-estar social ou, também, por haver serviços prestados aos indivíduos que também satisfazem necessidades públicas e coletivas sem serem considerados serviço público, como, por exemplo, farmácia e abastecimento de alimentos;²⁹⁷ ii) a própria doutrina, como analisado, não é sólida na exatidão do conteúdo do critério material; iii) a noção do que vem a ser serviço público envolve questões sociológicas, econômicas e políticas, servindo de fundamento ao legislador quando determina dada atividade como serviço público, mas não ao jurista, o qual deve se embasar em elementos formais de caracterização.²⁹⁸

5.5.2.2.

O Critério Subjetivo

Ao se adotar o critério subjetivo, o serviço público resta caracterizado quando se verifica a responsabilidade do Estado na prestação da atividade.

²⁹⁶ Cf. FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 31.

²⁹⁷ Cf. GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2. 3. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998.

²⁹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 140.

Ocorre que qualificar determinada atividade com base na pessoa que a executa também se mostrou insuficiente para o delineamento de serviço público. Este não pode ser compreendido como toda atividade prestada pelo Estado, seja pelo fato de o Estado realizar outras atividades que não serviços públicos, seja por existirem determinados serviços prestados por particulares que podem ser caracterizados como públicos. O critério é insuficiente pela falta e errôneo pelo excesso.

A respeito, pondera Jorge Luis Maiorano:

Por excesso, dado que nem todo o aparato orgânico administrativo desenvolvia só serviços públicos; e, por falta, pois foi possível observar que certos particulares colaboravam com a Administração na satisfação de necessidades de interesse geral mediante um mecanismo contratual, por meio do qual a Administração permanecia como titular do serviço outorgado, concedendo ao particular a exploração da atividade específica por sua conta e risco. A concessão de serviço público forçou então uma abertura no rígido critério subjetivo, a partir da qual se considerou que aquele podia ser prestado pela Administração Pública diretamente, *en régie*, no dizer dos franceses, ou indiretamente, mediante concessionários.²⁹⁹

Embora não seja passível de utilização exclusiva, como critério identificador, o elemento subjetivo é indispensável para a caracterização do serviço público, afinal este, em atenção à sua essencialidade, pressupõe a atuação do Estado. A titularidade do serviço público sempre será do Estado, cujo vínculo nunca deixará de existir; o que pode ocorrer é a delegação da prestação de determinados serviços públicos, mas não a transferência de titularidade. Nos ensinamentos de Dinorá Adelaide Musetti Grotti, o serviço público é sempre incumbência do Estado, vez que sua criação depende de uma opção do Estado e sua gestão também lhe compete (seja direta ou indiretamente).³⁰⁰

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao interpretar o disposto na Constituição da República, divide os serviços públicos, de forma bastante didática, em quatro grupos:³⁰¹

Serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado: há serviços que somente o Estado pode propiciar à coletividade, não sendo possível sua

²⁹⁹ MAIORANO, Jorge Luis. Algunas Reflexiones acerca de la Noción de Servicio Público. *Revista Argentina de Derecho Administrativo*. n. 14, jul. 1976, p. 20-21.

³⁰⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 49.

³⁰¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 649.

delegação a terceiros. Para o autor, o serviço postal e o correio aéreo nacional estariam inseridos nesse grupo, pois o artigo 21, inciso X, da Constituição da República, ao não mencionar a possibilidade de ser explorado mediante regime de concessão ou permissão, incumbiu unicamente ao Estado propiciar tais serviços à coletividade.

Serviços que o Estado tem obrigação de prestar e obrigação de conceder: determinados serviços, o Estado além do dever de prestá-los, tem também o de delegá-los. Em consideração ao princípio da complementaridade, exposto no artigo 223 da Constituição da República, o Estado é obrigado a conceder, permitir ou autorizar serviços de radiodifusão sonora ou de sons e imagens.

Serviços de prestação obrigatória, mas sem exclusividade do Estado: há serviços que o Estado possui o dever de oferecer, porém a titularidade na prestação não lhe é exclusiva, como é o caso dos serviços de saúde, educação, radiodifusão sonora e de sons e imagens, previdência e assistência social.

Serviços que o Estado não é obrigado a oferecer, entretanto terá de promover-lhes a prestação caso não haja interesse da iniciativa privada: nesse rol se enquadram os demais serviços públicos, dentre eles os arrolados nos incisos XI e XII do artigo 21 da Constituição da República.

Destarte, caracterizada determinada atividade enquanto serviço público, imediatamente surge o vínculo orgânico com a Administração Pública, ainda que somente sob regulação e controle, sem que isso, todavia, seja critério apto a definir exclusivamente o que é serviço público.

5.5.2.3.

O Critério Formal

Pelo critério formal, entende-se como serviço público toda atividade prestada em regime especial (regime de direito público). Esse critério, que confere caráter jurídico ao instituto, importa substanciais diferenciações.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, não obstante os demais critérios sirvam de indicativo ao legislador no momento de caracterizar determinada atividade prestacional como serviço público, somente o critério

formal permite a identificação por meio de um sistema normativo, sendo serviço público quando o legislador atribuir um regime especial.³⁰²

De qualquer maneira, pertencentes ou não à corrente que adota o critério formal como caracterizador exclusivo de serviço público, há de se ressaltar a necessidade de submissão a diversos princípios de direito público.³⁰³

Romeu Felipe Bacellar Filho destaca tal aspecto:

Não podemos concordar com a idéia de desvincular o serviço público do regime jurídico administrativo. Afinal, a Constituição de 1988 inaugurou um capítulo dedicado à Administração Pública. Se uma das pedras de toque do Estado de Direito é a fixação de um regime jurídico-constitucional-administrativo, fundado em princípios constitucionais expressos (...) estes princípios devem ser entendidos como de obediência obrigatória não somente pela Administração Pública em sentido subjetivo... mas também pela Administração Pública em sentido objetivo, da atividade administrativa, que inclui o serviço público.³⁰⁴

Em atenção à importância desses princípios para uma adequada prestação, passa-se a uma breve análise dos mesmos.

Primeiramente, a prestação dos serviços públicos constitui-se em dever inescusável por parte do Estado, seja diretamente, seja indiretamente. Cabe aqui reiterar que a titularidade do serviço será sempre do Estado, podendo, quando for o caso, delegar a prestação do serviço e não a titularidade.³⁰⁵

Também, a atividade estatal há de ser exercida em consonância com o princípio do interesse público. Este, consoante lembra Luís Roberto Barroso, consubstanciado em valores fundamentais como justiça e segurança, deve desfrutar de supremacia em um sistema constitucional e democrático, orientando

³⁰² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 167.

³⁰³ No entanto, há de se considerar que alguns autores entendem não haver obrigatoriedade da submissão do serviço público ao regime jurídico administrativo, estando o legislador livre para definir o regime aplicável. Carlos Ari Sundfeld, por exemplo, explica não conseguir “ao examinar a Constituição, localizar onde estaria a definição desse regime jurídico; o que encontro, em sucessivas passagens, é a previsão de que cabe às leis disciplinar os direitos e os deveres de prestadores, de usuários e do Poder Público”. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Serviços Públicos e Regulação Estatal*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 33.)

³⁰⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O Poder Normativo dos Entes Reguladores e a Participação dos Cidadãos nesta Atividade. *Serviços Públicos e Direitos Fundamentais: os Desafios da Regulação na Experiência Brasileira*. *Interesse Público*. n. 16. Porto Alegre: out./dez. 2002, p. 18.

³⁰⁵ Ou melhor, “se fosse possível aludir a ‘propriedade do serviço público’, certamente sua titularidade seria de toda a sociedade”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 481.)

todas as relações jurídicas e sociais (dos particulares entre si, deles com as pessoas de direito público e destas entre si).

A noção de interesse público a ser consolidada quando da prestação de serviços públicos, dessa feita, consiste na melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar ou promover.³⁰⁶

A adaptabilidade, denominada por muitos juristas de mutabilidade, igualmente configura imperativo de direito público aplicado aos serviços públicos, pelo qual se exige a atualização das formas de prestação do serviço, dentro das possibilidades econômicas do Estado. A evolução da tecnologia deve ser acompanhada pela Administração, não se cogitando a existência de direito adquirido à preservação das condições anteriores.³⁰⁷

O artigo 6º, §2º, da Lei nº 8.987/1.995 define atualidade como modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

Outro princípio atinente ao regime jurídico próprio dos serviços públicos é o da universalidade, ou seja, o serviço deve ser colocado à disposição de toda a sociedade. Este princípio está estreitamente vinculado ao princípio da impessoalidade (igualdade), o qual implica a impossibilidade de se estabelecer discriminação entre as pessoas quando da prestação dos serviços públicos. Marçal Justen Filho, a respeito, pondera que “não se pode restringir o acesso aos benefícios do serviço público para os sujeitos que se encontrem em igualdade de condições”; o intérprete se depara, nesse ponto, “com a conhecida

³⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. xv-xvi. Atualmente há várias críticas quanto ao princípio sob comento, até mesmo quanto à sua existência, todavia tal discussão não é objeto do presente trabalho. (Cf. SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sob o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Faculdade do Brasil*. n. 2. Curitiba: jan./jun. 2003; ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O Direito Público em Tempos de Crise*. Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruchel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 99-127.)

³⁰⁷ Cf. BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Manual de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 219-220. Ademais, pode-se fazer um paralelo entre o princípio da mutabilidade com o princípio da eficiência administrativa.

dificuldade inerente ao princípio da isonomia, relacionada ao problema de identificar os limites da igualdade”.³⁰⁸

Cumpra esclarecer, em relação aos princípios da universalidade e impessoalidade, que não há qualquer ofensa no fato de haver subsídios na prestação a pessoas mais carentes. No entanto, conforme aduz Dinorá Adelaide Musetti Grotti, qualquer discriminação deve ser justificada de acordo com a condição ou situação em que objetivamente permite a fixação de tarifas diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários.³⁰⁹ O que se veda, portanto, é o estabelecimento de distinções arbitrárias.

Pelo princípio da continuidade, por sua vez, entende-se que prestação do serviço deve ocorrer de modo contínuo, não possibilitando sua interrupção ou suspensão.³¹⁰

Por óbvio, se a prestação de serviço público significa a satisfação de necessidades dos particulares, a regra é sua continuidade, sobretudo quando se está diante de serviços essenciais que atendam ao interesse coletivo ou à dignidade da pessoa humana.³¹¹ Contudo, o §3º do artigo 6º da Lei nº 8.987, excepcionalmente, permite que o serviço público seja interrompido devido a situações emergenciais ou quando a paralisação se der, após competente aviso, por motivo de ordem técnica ou de segurança das instalações, ou, também, por falta de pagamento dos usuários.

Outro relevante princípio aplicável aos serviços públicos é o da modicidade tarifária, pois de acordo com o já mencionado princípio da

³⁰⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 313.

³⁰⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 39-71.

³¹⁰ Como bem ressaltado por Marçal Justen Filho: “Há uma contrapartida para a continuidade, que se traduz na intangibilidade da equação econômico-financeira para o delegatário do serviço público, e, para o usuário, o direito a ser indenizado por todos os prejuízos decorrentes da descontinuidade da prestação do serviço em situação de normalidade”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 489.)

³¹¹ Fundamental transcrever os ensinamentos do professor Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt no sentido de que há serviços que não podem ser interrompidos, tendo em vista a sua essencialidade: “não permite a interrupção de serviços essenciais que visem ao interesse coletivo ou que se referem à dignidade da pessoa, como nos casos de fornecimento de água e de coleta de esgotos. Há repercussões na esfera da saúde pública que impedem a descontinuidade do serviço público”. (BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Manual de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 219.)

universalidade, as tarifas têm de ser valoradas de maneira a viabilizar que todos possam usufruir o serviço oferecido.

Nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, é manifesto que o serviço público para cumprir sua função jurídica natural, em um país como o Brasil, no qual a esmagadora maioria do povo vive em estado de pobreza ou miserabilidade, terá de ser remunerado por valores baixos, muitas vezes subsidiados. Tal circunstância, ressalta o jurista, “dificulta ou impossibilita a obtenção de resultados bem sucedidos com o impropriamente chamado movimento das ‘privatizações’, isto é, da concessão de tais serviços a terceiros para que os explorem com evidentes e naturais objetivos de lucro”.³¹²

Ainda, outros princípios são trazidos pela doutrina como integrantes do regime jurídico dos serviços públicos, dentre eles destacam-se: a) a publicidade, pelo qual se deve possibilitar a todos o livre acesso às informações relacionadas ao serviço prestado; b) a fundamentação, visto a necessidade de motivação em todas as decisões relativas ao serviço; c) o controle, tanto interno quanto externo, a fim de evidenciar a participação de todos na fiscalização das opções políticas, representando o desenvolvimento não somente de uma democracia representativa, mas sim, e principalmente, de uma democracia participativa; d) a cortesia, afinal, como se trata de coisa pública (*res publica*), a obediência a esse princípio nada mais representa que o bom atendimento aos usuários dos serviços públicos.

Entretanto, a utilização de tal critério como único identificador de serviço público igualmente é rechaçado por diversos juristas. Eros Roberto Grau, por exemplo, afirma que além de privilegiar a forma, em detrimento do conteúdo, o critério subjetivo perpetra indesculpável tautologia. Determinada atividade, acrescenta, “fica sujeita a regime de serviço público porque é serviço público; não o inverso, como muitos propõem, ou seja, passa a ser tida como serviço público porque assujeitada a regime de serviço público”.³¹³

Outrossim, o critério formal enquanto elemento caracterizador exclusivo de serviço público também é criticado pois: i) nem toda atividade realizada sob a égide de um regime jurídico de direito público pode ser caracterizada como serviço público; ii) há serviços públicos (impróprios) que não são dotados de um

³¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 639.

³¹³ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 142.

regime jurídico integralmente especial e; iii) o legislador poderia atribuir um regime jurídico de direito público para determinadas atividades econômicas em sentido estrito para tirar proveito da situação.³¹⁴

5.5.2.4.

A Aplicação dos Três Critérios

Diante do exposto, conclui-se que, para determinada atividade ser caracterizada como serviço público, imprescindível a coexistência dos três critérios simultaneamente. Como sustenta Dinorá Adelaide Musetti Grotti: “A utilização isolada de qualquer dos critérios expostos não oferece condições para solucionar o problema da noção de serviço público, porque, ressaltando apenas um requisito, vê-se tão-somente parte da realidade”.³¹⁵

Para uma completa definição e correta compreensão de serviço público, tem-se que a atividade administrativa desenvolvida, afora ter sua titularidade atribuída ao Estado, seja na forma de prestação ou de regulação, deve direcionar-se à concretização de necessidades da sociedade, e submeter-se, ao menos parcialmente, a um regime jurídico próprio, em que haja incidência de normas garantidoras do interesse público, dada sua essencialidade e sua estreita vinculação com os direitos fundamentais.

5.5.3.

A Importância do Serviço Público na Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais

Em atenção às mudanças ocorridas na sociedade nos últimos anos, tem-se sustentado que o serviço público não mais apresenta relevante função no Estado atual. A idéia de morte do serviço público foi assim tratada por Gaspar Ariño Ortiz:

El servicio publico fue un instrumento de progreso y también de socialización, especialmente en los Estados pobres a los que permitió mejorar la situación de

³¹⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 52.

³¹⁵ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 51-53.

todos. Pero su ciclo ha terminado. Cumplió su misión y hoy — como dice José Luis Villar — hay que hacerle un digno entierro. Es inútil empeñarse en embalsamarlo, como intentan los franceses, por si de esta forma pudiéramos mantenerlo vivo.³¹⁶

Todavía, tais alegações precisam ser analisadas com cautela, afinal o serviço público é um instituto mutável, que se adapta conforme as necessidades da sociedade em determinado momento histórico, vinculado à expectativa desta em relação ao Estado e às respectivas opções políticas. O serviço público é, portanto, um reflexo do modelo estatal.

Com efeito, a teoria neoliberal, mundialmente propagada, afetou a idéia de Estado e, por conseguinte, do meio de consecução das atividades necessárias à população. A transformação pela qual passa o Estado exige a adaptação do instituto, entretanto, sem que isso implique sua inutilização, até porque, consoante analisado, para a realização dos direitos fundamentais não basta a abstenção do Estado; exige-se, ao contrário, sua atuação, sendo o serviço público o instrumento estatal por excelência destinado às prestações sociais básicas.

O serviço público não passa por uma crise,³¹⁷ tampouco está propagada sua morte; o que se necessita é uma nova concepção frente às reformas do Estado ocorridas contemporaneamente. Não se pode conceber a idéia do completo desaparecimento da atual concepção de serviço público, eis que possui ligação imediata com os direitos fundamentais.

Segundo o atual sistema constitucional pátrio, a prestação do serviço público adequado é um direito assegurado no artigo 175 da Constituição da República. Mais que isso, os serviços públicos são instrumentos indispensáveis para a efetivação dos direitos fundamentais, mormente aqueles que prescindem de uma ação positiva do Estado, tais como os direitos fundamentais sociais. Ante o papel do Estado de prestador de serviço público, este instituto precisa ser visualizado sobretudo sob a perspectiva de que atua como condição para o exercício de demais direitos.

O serviço público no Estado Contemporâneo não desapareceu; ao revés, configura-se indispensável no contexto do Estado brasileiro, como

³¹⁶ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Publico Económico*. Granada: Fundación de Estudios de Redulación – Comares, 1999, p. 550.

³¹⁷ Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a crise do serviço público nunca existiu juridicamente, eis que só ocorrida nos critérios material e subjetivo, e, portanto, metajurídico. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 169.)

“elemento fundamental para a preservação das conquistas do *Welfare State* e para a manutenção da satisfação das necessidades da coletividade”.³¹⁸ Marçal Justen Filho argumenta que o serviço público somente desaparecerá se e quando houver viabilidade de realização dos direitos fundamentais mediante atuação privativa da iniciativa privada, sem a intervenção estatal - alternativa que não se afigura plausível, pois conduz ao desaparecimento da justificativa da existência do próprio Estado.³¹⁹

Pode-se afirmar, desse modo, que em contrapartida aos direitos fundamentais dos indivíduos, têm-se os deveres fundamentais do Estado às referidas prestações. Não se pode atribuir ao mercado a função referente à satisfação das necessidades básicas da sociedade, tais quais educação, saúde e saneamento. O Estado deve atender a essas necessidades, em particular no tocante àqueles que não têm recursos para satisfazê-las.

Destarte, consoante explica Romeu Felipe Bacellar Filho, a “legitimidade do Estado está intimamente relacionada com a eficiência na prestação de serviços públicos”.³²⁰ E é nesse aspecto que se destaca o serviço público, legitimando o Estado na sua função de agente promotor dos direitos fundamentais.

Há de se considerar que as adaptações do serviço público frente à nova realidade provocaram significativas alterações em seu regime jurídico. Antes, havia a idéia de serviço público em regime de exclusividade, intensa regulação da atividade e contratos de concessão com termos pré-definidos. A atual concepção, além de consignar um sistema aberto, com liberdade concorrencial, liberdade na fixação de preços etc., denota a idéia de submissão parcial ao regime de direito público, prevalecendo esse regime somente quando do atendimento das necessidades coletivas essenciais.³²¹ A nova regulação

³¹⁸ VALLE, Vivian Cristina Lima López. O Novo Conceito de Serviço Público. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 547.

³¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 464.

³²⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O Poder Normativo dos Entes Reguladores e a Participação dos Cidadãos nesta Atividade. *Serviços Públicos e Direitos Fundamentais: os Desafios da Regulação na Experiência Brasileira. Interesse Público*. n. 16. Porto Alegre: out./dez. 2002, p. 13-22.

³²¹ O exemplo trazido por Vivian Cristina Lima López Valle refere-se ao serviço de telecomunicações, onde se consideraria serviço público o serviço telefônico básico, mas não a transmissão de dados por meio de novas tecnologias, que seria enquadrada

deixa de ser onipresente e substitutiva do mercado, para ser complementar e subordinada a este.³²² E, conforme supra-analisado, mesmo que diante de um Estado Regulador, faz-se imprescindível sua vinculação aos direitos fundamentais.

Todavia, a tentativa de transformar o serviço público em um produto voltado ao mercado, buscando a solução de prestações deficitárias por meio da concorrência, pode não ser capaz de produzir todos os serviços indispensáveis para a concretização dos direitos fundamentais, porque a finalidade do mercado nem sempre se coaduna com o que é exigido pela dignidade da pessoa humana. Por óbvio, não se pode pensar o serviço público apenas em seu aspecto econômico, visto que isso poderia excluir a consecução de necessidades a centenas de milhares de brasileiros que vivem em situação de miserabilidade extrema.

Tem-se, assim, como pressuposto, a incidência de um núcleo de normas do regime jurídico de Direito Público, seja em atenção à fixação constitucional de tal regime à Administração Pública, seja em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, já que somente por meio dessas normas garantir-se-á uma prestação de um serviço público adequado e universal à população.

Conclui-se que adaptações do instituto são possíveis e até mesmo necessárias, contudo deve-se permanecer a noção de vinculação às necessidades da coletividade, sempre havendo o vínculo da prestação com o Poder Público (ainda que na forma de regulação) e a incidência do regime jurídico de direito público (ao menos nas questões essenciais do serviço).

enquanto atividade econômica em sentido estrito, com regras de direito privado. (VALLE, Vivian Cristina Lima López. O Novo Conceito de Serviço Público. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 539-540.)

³²² ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Publico Económico*. Granada: Fundación de Estudios de Redulación – Comares, 1999, p. 552.

6.

Conclusão

A história dos direitos fundamentais é também a história que desemboca no surgimento do Estado Social e Democrático de Direito, cuja legitimidade reside justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana.

O Estado Liberal, com funções voltadas predominantemente à vigilância da ordem social e à proteção contra ameaças externas, limitava sua intervenção à proteção da liberdade, da segurança e da propriedade dos indivíduos. O Estado somente prestava serviços públicos que não ofereciam interesse econômico para a iniciativa privada. Tal cenário propiciou a positivação dos chamados direitos civis e políticos, denominados direitos de primeira dimensão, os quais exigiam uma abstenção do Estado a fim de que fossem garantidas as liberdades fundamentais do ser humano.

Apesar dos ideais inspiradores da Revolução Francesa, percebeu-se que a construção do Estado Liberal representou principalmente a afirmação econômica e política de um grupo específico, os quais interpretaram o Iluminismo de acordo com seus próprios interesses. Diante dessa constatação, impôs-se a construção de um novo modelo estatal e o reconhecimento de novos direitos fundamentais - os direitos econômicos, sociais e culturais.

Os direitos de segunda dimensão, ao contrário dos direitos civis e políticos, não são consagrados com o intuito de limitar o poder do Estado, mais que isso, exigem uma atuação estatal positiva, voltada a todos os que dela necessitem, de modo a conferir igualdade e liberdade não somente no campo formal, mas essencialmente no campo material. Atribuiu-se ao Estado, como forma de legitimação e justificação de seus poderes, a satisfação das necessidades materiais básicas dos indivíduos, ressaltando o seu papel de prestador de serviços e alterando o modelo de Liberal para Social.

O surgimento do Estado Providência representou um novo desenvolvimento da economia por intermédio de um plano de ação, em que o Estado adota uma postura ativa em relação aos problemas sociais com vistas a

proteger jurídica e economicamente os mais necessitados e, conseqüentemente, estabelecer um equilíbrio social e econômico.

Ocorre que o Estado Social, em diversas ocasiões, mostrou-se propício à propagação de regimes totalitários, os quais desrespeitavam os direitos dos indivíduos em nome de falaciosas “razões de Estado”. Como resposta, nas últimas décadas, com apoio nos pilares da democracia e da juridicidade dos direitos fundamentais propagou-se a construção de um Estado Democrático de Direito.

No Estado Democrático de Direito avultam as questões referentes à qualidade de vida dos seres humanos (individual, coletiva e difusamente), assumindo a lei o papel de instrumento transformador da realidade. Trata-se não propriamente de um modelo que visa à ruptura com o Estado Social, e sim o seu aprimoramento, motivo pelo qual também é denominado Estado Social e Democrático de Direito.

Destarte, com a terceira dimensão dos direitos fundamentais contempla-se o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade. A primeira dimensão seria a dos direitos de liberdade, a segunda dos direitos de igualdade e a terceira dos direitos de fraternidade (ou solidariedade), todas elas essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação.

Os direitos fundamentais, dessa feita, constituem direitos históricos, nascidos em certas circunstâncias e caracterizados por lutas em defesa de necessidades até então não reconhecidas pelo Estado. São direitos que representam, sobretudo, reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça ou por agressões a valores essenciais à afirmação da dignidade da pessoa humana e dependentes de proteção e implementação estatal.

De qualquer forma, ainda que considerados os inúmeros benefícios gerados, diante da denominada crise fiscal, em que o Estado Social revelou-se incapaz de cumprir com todos os objetivos por ele propostos, passou-se a suscitar um novo modelo de atuação estatal que se caracterizaria pela utilização da competência normativa para disciplinar a ação dos particulares. Propôs-se uma atuação regulatória pela qual o Estado não mais intervém diretamente na prestação de determinadas atividades, mas indiretamente, via normativa, no mercado.

É preciso deixar manifesto que não obstante o intuito seja a constituição de um modelo de Estado menos custoso, tal fato não significa (nem poderia significar) sua desvinculação aos direitos fundamentais. Não se legitima a consolidação de qualquer modelo ou manifestação estatal que negue a sua

conexão com os direitos fundamentais, vez que estes constituem direitos essenciais para assegurar vida digna ao ser humano e carecedores da tutela do Poder Público.

Destaque-se, aliás, que dependendo das mudanças que ocorrerem na sociedade, poderá haver o reconhecimento de novos direitos ou mesmo ser-lhes atribuída uma nova feição, os quais, igualmente, deverão ser respeitados, protegidos e aplicados pelo Estado.

Conquanto o processo de construção dos direitos fundamentais tenha ampliado o rol de direitos indispensáveis ao ser humano, deve-se atentar que houve, e infelizmente ainda há, constantes violações aos mesmos, inclusive por parte do Estado, seja na ordem internacional, em especial no período da segunda grande guerra, seja na ordem nacional, principalmente em épocas de governos ditatoriais.

As violações ocorridas evidenciaram a necessidade de uma ação internacional que buscasse a responsabilização do Estado quando as instituições nacionais se mostrassem falhas e, por subsequente, iniciou-se a discussão em torno da criação de um sistema externo de proteção. A sistemática internacional, tanto no âmbito global quanto regional, compreende um conjunto de direitos sem os quais o ser humano não consegue desenvolver por completo seus potenciais para preservação de sua dignidade. Consigna-se tanto a tutela de direitos políticos e civis, quanto de direitos econômicos, sociais e culturais, bem como estabelece uma unidade conceitual, balizada pela universalidade, indivisibilidade e interdependência desses direitos.

Os direitos previstos no âmbito internacional não são meros compromissos morais ou políticos, são, ao contrário, deveres jurídicos. O tratado, sob o aspecto de acordo internacional juridicamente obrigatório e vinculante, estipula obrigações ao Estado, as quais, após a devida ratificação, não podem ser descumpridas, sob pena de responsabilização internacional.

Afora a proteção internacional, com o advento da Constituição de 1.988, desenvolveu-se a teoria da dogmática constitucional emancipatória, a qual foca o estudo das normas constitucionais na pessoa humana, interpretando prospectivamente o ordenamento pátrio e contribuindo de maneira decisiva para a consecução dos direitos fundamentais. A Constituição da República Brasileira, inclusive, no §1º de seu artigo 5º, ao estabelecer que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, corresponde a uma das mais significativas inovações trazidas pelo Constituinte de 1.988, pois

reforça a normatividade de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos essenciais do ser humano.

Apesar de ocuparem destaque no ordenamento jurídico nacional, verificados os pressupostos necessários, os direitos fundamentais poderão sofrer restrições, afinal precisam conviver harmonicamente entre si e com outros interesses constitucionais, de maneira a evitar que o abusivo exercício de um direito possa gerar a aniquilação de outro. No entanto, as restrições somente serão legítimas se houver justificativa constitucional, preservação do núcleo essencial do direito restrito e observância da técnica da proporcionalidade.

Ademais, a realização dos direitos fundamentais de segunda dimensão encontra maiores obstáculos que os direitos civis e políticos. Isso porque, embora o Estado Social e Democrático de Direito deva satisfazer as necessidades coletivas, notadamente mediante a prestação de serviços públicos, para a plena consolidação dos direitos fundamentais sociais, faz-se necessária, na maioria das vezes, mediação legislativa e disponibilidade financeira.

Entretanto, a programaticidade das normas que definem direitos sociais não pode conduzir à idéia de ausência de juridicidade, já que tais normas não representam meros conselhos ao Poder Público, apresentam, ao revés, força imperativa e eficácia vinculante atinente a comportamentos estatais. Nessa lógica, os agentes públicos encontram-se proibidos de praticar qualquer ato que atente contra o sentido e a finalidade das normas definidoras de direito fundamental social, bem como, dentro do possível, obrigados à sua implementação.

A escassez de recursos, de igual modo, não deve servir como dogma insuperável para a ausência de efetivação dos direitos fundamentais sociais, pois, em que pese os recursos orçamentários serem finitos e as demandas sociais não o serem, a invocação da teoria da reserva do possível somente se justifica se comprovado justo motivo objetivamente auferível. Além disso, o mínimo existencial, enquanto conjunto de prestações materiais básicas destinadas a garantir a dignidade da pessoa humana e de inafastável cumprimento pelo Poder Público, também constitui limite à reserva do possível.

O mínimo existencial, em atenção a sua essencialidade, constitui direito subjetivo do indivíduo, passível de imediata exigibilidade ao Poder Judiciário. Quanto aos demais direitos fundamentais sociais, tem-se como pressuposto a exigência de progressividade, ou ao menos de manutenção, das prestações estatais conferidas aos indivíduos. Cumpre salientar que, embora inadmissível a

reversibilidade dos direitos adquiridos no âmbito social, a vedação do retrocesso, dada sua natureza principiológica, não é absoluta, permitindo-se, para proteger outros princípios ou a realidade orçamentária do Estado, sua relativização.

A consagração da dignidade da pessoa humana, por conseguinte, como verdadeiro fim a ser buscado pelo Estado, afirma os direitos fundamentais não somente em sua função limitativa do poder (direitos negativos), mas também como necessidade de prestações sociais (direitos positivos). Para tanto, fundamental o amplo comprometimento por parte dos Poderes Públicos no que concerne à materialização de tais direitos, visto que a vinculatividade dos direitos fundamentais constitui uma das principais dimensões da eficácia.

Todos os Poderes da República devem conferir, na medida do possível e do razoável, eficácia máxima e imediata aos preceitos definidores de direito e garantia fundamental, mesmo porque estes não são dádivas do Poder Público, porém normas imperativas ao próprio Estado e que, necessariamente, devem ser respeitadas, implementadas e protegidas.

Os direitos fundamentais vinculam todos os Poderes estatais; vinculam o Legislativo, que deverá legislar para consolidar os direitos fundamentais, em particular os de cunho prestacional; vinculam o Judiciário que, ao decidir, deverá aplicar os direitos fundamentais, inclusive, fiscalizando e corrigindo eventuais ações ou omissões incompatíveis com os mandamentos constitucionais de proteção do ser humano; e, por fim, vinculam o Executivo, que ao mesmo tempo deverá respeitar os direitos de defesa e oferecer as prestações necessárias para a realização dos direitos fundamentais.

A interpretação e a aplicação do Direito Administrativo, dentro de um Estado Social e Democrático de Direito, caracteriza-se, assim, pela observância aos direitos fundamentais. A consecução dos direitos fundamentais revela-se, de um lado, como imperativo ao administrador público e, de outro, como núcleo do Direito Administrativo. A concretização, principalmente dos direitos de cunho prestacional, depende, muitas vezes, da atividade administrativa, a qual por meio de serviços públicos disponibiliza prestações básicas aos indivíduos.

O serviço público, além da inegável contribuição para a evolução do Direito Público, posto que influentes juristas partiam dessa noção para definir e compreender o Direito Administrativo, possui também fundamental relevância pela manifestação direta na sociedade, ligada à prestação de necessidades ou utilidades aos indivíduos.

Registre-se que apesar de a Constituição da República de 1.988 não ter conceituado o instituto, conferiu-lhe certa determinabilidade, de tal modo que

o legislador ordinário somente poderá qualificar uma atividade como serviço público se houver vínculo com a satisfação de necessidades coletivas, com os objetivos consagrados na Constituição da República ou ainda com a dignidade da pessoa humana, sob pena de irrazoabilidade reprovável pelo ordenamento jurídico e, conseqüentemente, de invalidação da escolha.

Por outro lado, para uma completa definição e correta compreensão de serviço público, tem-se que a atividade administrativa desenvolvida, afora direcionar-se ao atendimento de necessidades da sociedade, deve ter sua titularidade atribuída ao Estado, seja na forma de prestação ou de regulação, e submeter-se, ao menos parcialmente, a um regime jurídico próprio, em que haja incidência de normas garantidoras do interesse público, dada sua essencialidade e sua estreita vinculação com os direitos fundamentais.

Ante o papel do Estado de prestador de serviço público, este instituto precisa ser visualizado essencialmente sob a perspectiva de que atua como condição para o exercício de diversos direitos, motivo pelo qual não se pode concordar com a idéia, difundida por muitos juristas, de que, em atenção às mudanças ocorridas na sociedade nos últimos anos, o serviço público não mais apresenta relevante função no Estado atual.

O serviço público não passa por uma crise, tampouco está propagada sua morte; o que se necessita é de uma nova concepção frente às reformas do Estado ocorridas contemporaneamente. Não se pode conceber a idéia do completo desaparecimento da atual concepção de serviço público, eis que possui ligação imediata com os direitos fundamentais. Consoante analisado, para a realização desses direitos não basta a abstenção do Estado, exige-se, também, sua atuação, sendo o serviço público o instrumento estatal por excelência destinado às prestações sociais básicas.

Há de se considerar que as adequações do serviço público frente à nova realidade provocaram significativas alterações no regime jurídico do mesmo. Antes, havia a idéia de serviço público em regime de exclusividade, intensa regulação da atividade e contratos de concessão com termos pré-definidos; a nova regulação deixa de ser onipresente e substitutiva do mercado, para ser complementar e subordinada ao mercado.

Todavia, a tentativa de transformar o serviço público em um produto voltado ao mercado, buscando a solução de prestações deficitárias por meio da concorrência, pode não ser capaz de produzir todos os serviços indispensáveis para a concretização dos direitos fundamentais, já que a finalidade do mercado nem sempre se coaduna com o que é exigido pela dignidade da pessoa

humana. Por óbvio, não se pode pensar o serviço público apenas em seu aspecto econômico, uma vez que isso poderia excluir a consecução das necessidades a centenas de milhares de brasileiros que vivem em situação de miserabilidade extrema.

Tem-se, portanto, como pressuposto, a incidência de um núcleo de normas do regime jurídico de Direito Público, seja em respeito à fixação constitucional de tal regime à Administração Pública, seja em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana; pois somente por meio dessas normas garantir-se-á uma prestação de um serviço público adequado e universal à população.

Adaptações do instituto são possíveis e até necessárias; contudo, deve permanecer a noção de atendimento às necessidades da coletividade, sempre havendo o vínculo da prestação com o Poder Público (mesmo que na forma de regulação) e a incidência do regime jurídico de direito público (ao menos nas questões essenciais do serviço), enquanto condição para garantir oportunidades a todos os indivíduos.

7. Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a Relação entre Direitos do Homem, Direitos Fundamentais, Democracia e Jurisdição Constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. *In: Revista de Direito Administrativo*. n. 217, Rio de Janeiro: jul/set 1999.

_____. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. Trad. Luís Afonso Heck. *In: Revista de Direito Administrativo*. n. 217, Rio de Janeiro: jul./set. 1999.

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. Teoria Geral dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996.

ALTAVILA, Jayme de. Origem dos Direitos dos Povos. 4. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1964.

AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez & Escolha. Em Busca de Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMARAL JUNIOR, Alberto. A Institucionalização Internacional dos Direitos Humanos: Conquistas e Desafios. *In: PIOVESAN, Flávia (Org.). Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

ARAGÃO, Selma Regina. Direitos Humanos: do Mundo Antigo ao Brasil de Todos. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). O Direito Público em Tempos de Crise. Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruchel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. O Poder Normativo dos Entes Reguladores e a Participação dos Cidadãos nesta Atividade. Serviços Públicos e Direitos Fundamentais: os Desafios da Regulação na Experiência Brasileira. Interesse Público. n. 16. Porto Alegre: out./dez. 2002.

_____. Processo Administrativo Disciplinar. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. Direito Administrativo e o Novo Código Civil. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Natureza e regime jurídico das autarquias. São Paulo: RT, 1968.

_____. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. Revista de Direito Público 57/58: 255, 1981.

_____. Discricionariedade e Controle Judicial. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARBOSA, Rui. Comentários à Constituição Federal Brasileira. vol. II. São Paulo: Saraiva, 1933.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Habeas Data Brasileiro e sua Lei Regulamentadora. Revista de Informação Legislativa. n. 138. Brasília: abr./jun. 1998.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. *Revista de Direito Administrativo*. n. 240. Rio de Janeiro: abr./jun. 2005.

_____. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. *In: Ricardo Lobo Torres (Org.). Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETO, Vicente. Os Fundamentos Éticos dos Direitos Humanos. *In: Cadernos Acadêmicos*. v. 4, n. 2, 1997.

BARROS, Alberto Moniz da Rocha. O Poder Econômico do Estado Contemporâneo e seus Reflexos no Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1953.

BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Regime Constitucional do Serviço Postal: Legitimidade de Atuação da Iniciativa Privada. *Revista dos Tribunais*. v. 90. n. 786. São Paulo: abr. 2001.

_____. Eficácia e Efetividade do Direito à Liberdade. *In: A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. n. 5. Curitiba: Juruá, 2000.

_____. O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público. *In*: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses Públicos versus Interesses Privados. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. n. 240. Rio de Janeiro: abr./jun. 2005.

_____. O Novo Direito Constitucional e a Constitucionalização do Direito. *In*: Temas de Direito Constitucional. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra da Silva. Comentários à Constituição do Brasil: Promulgada em 5 de Outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1997.

BAPTISTA, Patrícia. Transformações no Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. Responsabilidade Social das Empresas. Práticas Sociais e Regulação Jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

BIGOLIN, Giovani. A Reserva do Possível como Limite à Eficácia dos Direitos Sociais. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/Constitucional/giovani_bigolin.htm. Acesso em: 15 de maio de 2007.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. Controle das Concessões de Serviço Público. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

_____. Manual de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

_____. Curso de Direito Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BLANCHET, Luiz Alberto. Curso de Direito Administrativo. Curitiba: Juruá, 3. ed. 2004.

_____. Concessão de Serviços Públicos. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2000.

_____. Parcerias Público-Privadas. Curitiba: Juruá, 2005.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

_____. Estado, Governo, Sociedade: para uma Teoria Geral da Política. 11. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

_____. Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant. Trad. Alfredo Fait. 2. ed. São Paulo: Mandarim, 2000.

_____. O Futuro da Democracia: uma Defesa das Regras do Jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Teoria do Estado. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. Do Estado Liberal ao Estado Social. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BOSON, Gerson de Britto Mello. Constitucionalização do Direito Internacional: Internacionalização do Direito Constitucional – Direito Constitucional Internacional Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BREUS, Thiago Lima. Da Prestação de Serviços à Concretização de Direitos: O Papel do Estado na Efetivação do Mínimo Existencial. *In*: COSTALDELLO, Angela Cassia (Coord.). Serviço Público. Direitos Fundamentais, Formas Organizacionais e Cidadania. Curitiba: Juruá, 2005.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Memorial em Prol de uma Nova Mentalidade quanto à Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Internacional e Nacional. *In*: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu (Org.). Os Direitos Humanos e o Direito Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. A Interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos. Arquivos do Ministério da Justiça. vol. 46. n. 182. Brasília: jul./dez. 1993.

_____. Entrevista. *In*: Justiça e Democracia: Revista Semestral de Informação e Debate. n. 1. 07-17. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6. ed., Coimbra: Almedina, 1993.

_____. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. 2. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991.

CÉSPEDES, César Hines. Tratamiento Constitucional de los Servicios Públicos. *In*: Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo. n. 5. San José: Las Asociaciones y el Instituto, 2005.

CINTRA, Geraldo de Ulhoa. De Statu Civitatis. São Paulo, 1963.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Desafio da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. *In*: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. n. 3. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003.

_____. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *In*: Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho. n. 22, jul./dez. 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Luís César Amad e MELLO, Leonel Itaussu A. História do Brasil. 10. ed. São Paulo: Editora Scipione, 1997.

COSTALDELLO, Angela Cassia. A Propriedade Privada, o Urbanismo e as Parcerias Público-Privadas: Transformações e Perspectivas. *In*: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). Cenários do Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

CORREIA, Fernando Alves. O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade. Portugal. Coimbra: Almedina, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição de 1988. Volume I. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

_____. Curso de Direito Administrativo. 16. edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *In*: LOURENÇO, Maria Cecília França (Org.). Direitos Humanos em Dissertações e Teses da USP (1934-1999). São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2000.

DINIZ, Maria Helena. Norma Constitucional e seus Efeitos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. v. 2. 2. ed. Paris: Libraire Fontemoing, 1923.

ENGELS, Friederich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 1999.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas Constitucionais Programáticas: Normatividade, Operatividade e Efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *Competência dos Tribunais Administrativos para Controle de Constitucionalidade*. *Revista Interesse Público*. n. 24. Porto Alegre: mar./abr. 2003.

FINGER, Ana Cláudia. *Serviço Público: um Instrumento de Concretização de Direitos Fundamentais*. *In: Revista de Direito Administrativo*. n. 232. Rio de Janeiro: abr./jun. 2003.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

_____. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 2. 3. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998.

_____. Derechos Humanos: Doctrina, Casos y Materiales: Parte General. Buenos Aires: Fundacion de Derecho Administrativo, 1990.

_____. Derechos Humanos. Disponível em: www.gordillo.com. Acesso em 08 de março de 2007.

GOUVÊA, Marcos Maselli de. O Controle Judicial das Omissões Administrativas. Novas Perspectivas de Implantação dos Direitos Prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Direitos, Conceitos e Normas Jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. *In*: Direito Administrativo Econômico. SBDP. Malheiros, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. Direitos Fundamentais, Processo e Princípio da Proporcionalidade. *In*: GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen e SUSTEIN, Cass R. The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes. New York: Norton & Co., 1999.

- HUBERMAN, Leo. História da Riqueza do Homem. Trad. Waltensir Dutra. 21. ed. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1986.
- HUME, David. Diálogos sobre a Religião Natural. *In*: FREITAS, Gustavo de. 900 Textos e Documentos Históricos. Lisboa: Plátano Editorial.
- JÈZE, Gaston. Principios Generales del Derecho Administrativo. vol. 2. Buenos Aires: Depalma, 1949
- JUSTEN, Mônica Spezia. A Noção de Serviço Público no Direito Europeu. São Paulo: Dialética, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. Concessões de Serviços Públicos. São Paulo, Dialética, 1997.
- _____. Empresa, Ordem Econômica e Constituição. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 212: 109-133, abr./jun. 1998.
- _____. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Dialética, 2002.
- _____. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003.
- _____. O Direito Regulatório. *In*: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). Cenários do Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- KRELL, Andreas Joachim. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). A Constituição Concretizada. Construindo Pontes entre o Público e o Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 42.

LAFARGUE, Paul. O Direito à Preguiça. 2. ed. São Paulo: Hucitec; Unesp, 1999.

LEAL, Rogério Gesta. Direitos Humanos no Brasil: Desafios à Democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1997.

LIMA, Ruy Cirne. Princípios do Direito Administrativo. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo Civil. 2. ed. São Paulo: Vozes, 1999.

LÓPEZ GARRIDO, Diego. Nuevo Derecho Constitucional Comparado. Valência: Tirant lo Blach, 2000.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direitos Humanos: sua Historicidade, sua Garantia e a Questão da Indivisibilidade. São Paulo: J. de Oliveira, 2000.

MAIORANO, Jorge Luis. Algunas Reflexiones acerca de la Noción de Servicio Público, *Revista Argentina de Derecho Administrativo*. n. 14, jul. 1976.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação Estatal e Interesses Públicos. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Reestruturação do Setor Postal Brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 19. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. Regime Constitucional do Serviço Público: Legitimidade da Atuação da Iniciativa Privada. *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 19. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. A. Regulação Estatal e Interesses Públicos. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARX, Karl. Manifesto Comunista. São Paulo: CHED, 1980.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional. O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996.

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Coimbra: Ed. Coimbra, 1988.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. Curso de Direito Constitucional. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Direitos Humanos Fundamentais: Comentários aos Artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, Doutrina e Jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. Direito Constitucional Administrativo. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006

MORAES, José Geraldo Vinci de. Caminhos das Civilizações: da Pré-História aos Dias Atuais. São Paulo: Atual, 1993.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Do Direito Social aos Interesses Transindividuais: o Estado e o Direito na Ordem Contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MORO, Sergio Fernando. Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo? A Questão Fundamental da Democracia. Trad. Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito. Coimbra: Ed. Coimbra, 1987.

NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. Ainda Vive a Constituição Dirigente? *In*: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. n. 21. Porto Alegre: jan./fev. 2003.

NUSDEO, Fábio. Curso de Economia. Introdução ao Direito Econômico. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ORTIZ, Gaspar Ariño. Principios de Derecho Publico Económico. Granada: Fundación de Estudios de Redulación – Comares, 1999.

ORTIZ, Gaspar Ariño; MARTÍNEZ, Juan Miguel de la Cuétera; LÓPEZ-MUÑIZ, J.L.Martinez. El Nuevo Servicio Público. Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas e sociales, 1997. *In*: SALOMÓN, Jorge Luis. Teoría General de los Servicios Públicos. Buenos Aires: AD-HOC, 1999.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma Supremacia do Interesse Público sobre o Privado no Direito Administrativo Brasileiro? *In*: Revista de Direito Administrativo. n. 220. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 7. ed. São Paulo: Max Limonad, 2006.

_____. A Constituição de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. *In*: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>. Acesso em 19 de março de 2007.

_____. Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: A Convenção Americana de Direitos Humanos. *In*: GOMES, Luiz Flávio e PIOVESAN, Flávia (Coords.). O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Temas de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 1998.

RIVERO, Jean. Droit Administratif. 2. ed., Paris: Dalloz, 1962.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. *In*: Revista Interesse Público. n. 4, out./dez. 1999. São Paulo: Notadez.

ROUSSEAU, Jean Jacques. Discurso sobre a Origem e Desigualdade entre os Homens. Rio de Janeiro: Ouro, 1980.

SANTOS, Boaventura de Souza. Pela Mão de Alice: o Social e o Político na Pós-Modernidade. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. O Mandado de Injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SARAIVA, Paulo Lopo. Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. *In: Revista Diálogo Jurídico*. n. 1. Salvador, 2001.

_____. O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. n. 5, abr./maio 2002.

_____. Algumas Considerações em torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988. *In: Revista Diálogo Jurídico* n. 10. Salvador.

SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos versus Interesses Privados: na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. *In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstituindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. *In: Revista Interesse Público*, n. 32.

SCHIER, Adriana da Costa. Apontamentos sobre os Modelos de Gestão e Tendências Atuais. *In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). Cenários do Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Faculdade do Brasil*. n. 2. Curitiba: jan./jun. 2003.

_____. Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo. Disponível em: http://www.cajur.cjb.net/textos/filtragem_constitucional.htm. Acesso em: 17 de abril de 2007.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como Liberdade. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o Novo Exercício de Funções Públicas por Particulares. Serviço Público à Brasileira? Revista de Direito Administrativo. n. 230. Rio de Janeiro: out./dez. 2002.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA, Neomésio José de. Intervencionismo e Direito; uma Abordagem das Repercussões. Rio de Janeiro: AIDE, 1984.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A Função Social da Terra. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma Reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático. *In*: BARROSO, Luís Roberto (Org.). A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. Ciência Política e Teoria Geral do Estado. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. A Concretização de Direitos e a Validade da Tese da Constituição Dirigente em Países de Modernidade Tardia. *In*: NUNES, António José Avelãs e COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Orgs.). Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Direito Administrativo Ordenador. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Introdução às Agências Reguladoras. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Serviços Públicos e Regulação Estatal. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000.

TÁCITO, Caio. O Conceito de Serviço Público. *In*: Temas de Direito Público: Estudos e Pareceres. vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. Os Direitos do Homem e os Deveres do Estado. *In*: Temas de Direito Público: Estudos e Pareceres. vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. O Desafio do Ensino do Direito. *In*: Temas de Direito Público: Estudos e Pareceres. vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. Proteção dos Direitos Fundamentais. Revista de Direito Administrativo. n. 242. Rio de Janeiro: out./dez. 2005, p. 32-33.

_____. A Constituição e o Direito Administrativo. Revista de Direito Administrativo. n. 232. Rio de Janeiro: abr./jun. 2003.

_____. Poder Vinculado e Poder Discricionário. *In*: Temas de Direito Público: Estudos e Pareceres. vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TAVARES, Marcelo Leonardo. Direito Previdenciário. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TELLES, Antonio Augusto Queiroz. Introdução ao Direito Administrativo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TELLES JUNIOR, Goffredo. O Direito Quântico: Ensaio sobre o Fundamento da Ordem Jurídica. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 1985.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. *In:* TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. O Orçamento na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

_____. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e a Reserva do Possível. *In:* NUNES, António José Avelãs e COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Orgs.). Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. *In:* Revista de Direito Administrativo. n. 177. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set.1989,

VALLE, Vivian Cristina Lima López. O Novo Conceito de Serviço Público. *In:* GUIMARÃES, Edgar (Coord.). Cenários do Direito Administrativo. Estudos em Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

VIANNA, Francisco José de Oliveira. As Novas Diretrizes da Política Social. Rio de Janeiro: Serviço de Estatística da Previdência e Trabalho, 1939.

VIANNA, José de Segadas. Antecedentes Históricos. *In:* SÜSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA FILHO, João de Lima e VIANNA, José de Segadas. Instituições de Direito do Trabalho. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 35.

VIEIRA, Evaldo. A República Brasileira: 1964-1984. São Paulo: Moderna, 1985.

VOLTAIRE, François. Dicionário Filosófico. *In:* FREITAS, Gustavo de. 900 Textos e Documentos Históricos. Lisboa: Plátano Editorial.

WEFFORT, Francisco. Por que Democracia? São Paulo: Brasiliense, 1984.

WEIS, Carlos. O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *In*: TRINDADE, José Damião de Lima. Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998.

_____. Direitos Humanos Contemporâneos. São Paulo: Malheiros, 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos “Novos” Direitos. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos e LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). Os “Novos” Direitos no Brasil: Natureza e Perspectiva; uma Visão Básica das Novas Conflituosidades Jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)