

THIAGO LIMA BREUS

POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL

**A Problemática da Concretização dos Direitos Fundamentais
Sociais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea**

CURITIBA

2006

THIAGO LIMA BREUS

POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL

**A Problemática da Concretização dos Direitos Fundamentais
Sociais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea**

Dissertação apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Mestrado em Direito do Estado, Programa de Pós-graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Profa. Dra. Angela Cassia Costaldello.

**CURITIBA
2006
TERMO DE APROVAÇÃO**

THIAGO LIMA BREUS

POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL

**A Problemática da Concretização dos Direitos Fundamentais
Sociais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre, no Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: Professora Doutora Angela Cassia Costaldello
Departamento de Direito Público, UFPR.

Professor Doutor Luiz Edson Fachin
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR.

Professor Doutor
Departamento de Direito

Curitiba, de agosto de 2006.

SUMÁRIO.

TÍTULO UM. DA TRAVESSIA DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO CONSTITUCIONAL E SUAS REPERCUSSÕES SOCIAIS, JURÍDICAS E POLÍTICAS.

CAPÍTULO I. TRANSFORMAÇÕES E DESAFIOS DO PAPEL DO ESTADO FRENTE ÀS RELAÇÕES PRIVADAS.

CAPÍTULO II. DO DIREITO POR REGRAS AO DIREITO POR PRINCÍPIOS.

CAPÍTULO III. DO INTERESSE PÚBLICO AOS INTERESSES PÚBLICOS: A ÍNDOLE ÉTICA E A PLURALIDADE DOS FINS DO ESTADO CONSTITUCIONAL

TÍTULO DOIS. DOS ESCOPOS DO ESTADO CONSTITUCIONAL.

CAPÍTULO I. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO ELEMENTO FUNDANTE E ESTRUTURAL DO ESTADO CONSTITUCIONAL.

CAPÍTULO II. A SUPREMACIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO CONSTITUCIONAL.

TÍTULO TRÊS. AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL.

CAPÍTULO I. AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE AÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL E OBJETO DO DIREITO ADMINISTRATIVO.

CAPÍTULO II. AS LIMITAÇÕES À REALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: A ESCASSEZ DE RECURSOS E A RESERVA DO POSSÍVEL.

CAPÍTULO III. DIRETRIZES E PARÂMETROS PARA O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: HORIZONTES E PERSPECTIVAS DO ESTADO CONSTITUCIONAL.

ÍNDICE

RESUMO	v
ABSTRACT	vi
INTRODUÇÃO	01
TÍTULO UM. DA TRAVESSIA DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO CONSTITUCIONAL E SUAS REPERCUSSÕES SOCIAIS, JURÍDICAS E POLÍTICAS	12
CAPÍTULO I. TRANSFORMAÇÕES E DESAFIOS DO PAPEL DO ESTADO FRENTE ÀS RELAÇÕES PRIVADAS	27
1.1. O ESTADO CONTEMPORÂNEO, ENTRE SUBSTANTIVOS E ADJETIVOS...	31
1.2. ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO: O PAPEL DO ESTADO E DOS INDIVÍDUOS NA TRAVESSIA DO MODELO LIBERAL AO CONSTITUCIONAL.....	37
1.3. A CONTRIBUIÇÃO DE HANNAH ARENDT PARA A EXPLICITAÇÃO DA DICOTOMIA.....	44
1.4. ENTRE A CASA E A PRAÇA: O JARDIM. A METÁFORA DOS ESPAÇOS PÚBLICO E PRIVADO.....	49
1.5. A ASCENSÃO LIBERAL E A MITIGAÇÃO ATUAL DA DICOTOMIA EM FACE DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO.....	53
1.5.1. O Fenômeno da <i>Privatização</i> do Público.....	54
1.5.2. O Fenômeno da <i>Publicização</i> do Privado.....	57
1.6. <i>PRIVATIZAÇÃO, PUBLICIZAÇÃO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO</i>	59
CAPÍTULO II. DO DIREITO POR REGRAS AO DIREITO POR PRINCÍPIOS	62
2.1. DO DIREITO POR REGRAS AO DIREITO POR PRINCÍPIOS: HORIZONTES DA NOVA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA.....	62
2.2. O SISTEMA JURÍDICO COMPOSTO POR REGRAS E PRINCÍPIOS.....	64
2.3. A CONSTITUIÇÃO QUE EFETIVAMENTE CONSTITUI: O DIRIGISMO CONSTITUCIONAL.....	73
2.4. A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE ADEQUADA A PAÍSES DE MODERNIDADE TARDIA.....	77
CAPÍTULO III. DO INTERESSE PÚBLICO AOS INTERESSES PÚBLICOS: A ÍNDOLE ÉTICA E A PLURALIDADE DOS FINS DO ESTADO CONSTITUCIONAL	80
3.1. O INTERESSE PÚBLICO E A IMPORTÂNCIA DA SUA UTILIZAÇÃO NA ATUALIDADE.....	82
3.1.1. A Persecução do Interesse Público e a Funcionalização do Direito.....	89
3.2. INTERESSE PÚBLICO: EM BUSCA DE UMA CIRCUNSCRIÇÃO SEMÂNTICA MÍNIMA.....	91
3.2.1. Delimitação de Interesse.....	95
3.2.2. O Interesse Público como um Conceito Jurídico Indeterminado.....	97
3.3. CRITÉRIOS PARA A AFERIÇÃO E DELIMITAÇÃO DA NOÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO.....	103
3.3.1. Interesse Público e Bem Comum.....	105
3.3.2. A Lei como Meio (fórmula) de Fixação do Interesse Público.....	111
3.3.3. A Titularidade do Interesse Público.....	113

3.3.4. O Estado como Gestor do Interesse Público.....	114
3.3.5. O Interesse Primário e o Interesse Público Secundário.....	116
3.4. OS CRITÉRIOS QUANTITATIVOS E QUALITATIVOS PARA A DETERMINAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO.....	118
3.4.1. Os Interesses da Maioria <i>versus</i> os Interesses da Minoria.....	119
3.4.2. O Interesse Público como o Somatório dos Interesses Privados.....	120
3.5. A SUPERAÇÃO DA TÉCNICA: A ÍNDOLE ÉTICA DO CONCEITO	121
3.5.1. A Dignidade da Pessoa Humana e a Identificação do Interesse Público.....	125

TÍTULO DOIS. DOS ESCOPOS DO ESTADO CONSTITUCIONAL..... 127

CAPÍTULO I. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO ELEMENTO FUNDANTE E ESTRUTURAL DO ESTADO CONSTITUCIONAL.....	130
1.1. O PERCURSO HISTÓRICO DA NOÇÃO DE DIGNIDADE HUMANA.....	130
1.2. OS ALICERCES DO PRINCÍPIO-FUNDAMENTO.....	136
1.2.1. A Igualdade.....	144
1.2.2. A Integridade Psicofísica.....	146
1.2.3. A Liberdade Individual.....	147
1.2.4. A Solidariedade Social.....	149
1.3. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO TAREFA (FUNÇÃO) DOS PODERES PÚBLICOS NO ESTADO CONSTITUCIONAL.....	150

CAPÍTULO II. A SUPREMACIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO CONSTITUCIONAL.....	152
2.1. A <i>FUNDAMENTABILIDADE</i> DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	157
2.2. PERSPECTIVAS CONTEMPORÂNEAS DOS (E PARA OS) DIREITOS FUNDAMENTAIS PRESTACIONAIS.....	159
2.3. OS DIREITOS SOCIAIS COMO CONDIÇÃO PARA A PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA E PARA O EXERCÍCIO DOS DEMAIS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	163

TÍTULO TRÊS. AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL.... 167

CAPÍTULO I. AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE AÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL E OBJETO DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	180
1.1. ENTRE A ESTRUTURA E A CONJUNTURA: O DESENVOLVIMENTO DA IDÉIA DE POLÍTICA PÚBLICA COMO MECANISMO DE AÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO.....	182
1.2. AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO “CATEGORIA” JURÍDICA E OBJETO DO DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO.....	186
1.3. O CONTROLE DAS <i>POLÍTICAS PÚBLICAS</i> POR MEIO DOS PRINCÍPIOS: A PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL APLICÁVEL ÀS FORMAS DE ATUAÇÃO ESTATAL.....	192

CAPÍTULO II. AS LIMITAÇÕES À REALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: A ESCASSEZ DE RECURSOS E A RESERVA DO POSSÍVEL.....	198
2.1. A DIFERENÇA ENTRE INEXISTÊNCIA E ESCOLHA ALOCATIVA DE RECURSOS	204
2.2. O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	207
2.3. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES.....	210

2.4. O CONTROLE JUDICIAL NAS OMISSÕES NO ORÇAMENTO SOBRE <i>POLÍTICAS PÚBLICAS</i>	214
---	-----

**CAPÍTULO III. DIRETRIZES E PARÂMETROS PARA O CONTROLE DAS
POLÍTICAS PÚBLICAS: HORIZONTES E PERSPECTIVAS DO ESTADO
CONSTITUCIONAL**..... 217

3.1. A BUSCA PELOS PARÂMETROS DE CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	218
3.2. O CONTROLE SOCIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: A GARANTIA DO ACESSO À INFORMAÇÃO SOBRE OS DISPÊNDIOS ESTATAIS.....	224
3.3. A PROIBIÇÃO DA INSUFICIÊNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	225
3.4. A VEDAÇÃO DO RETROCESSO REFERENTE À PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS POR MEIO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	227

CONCLUSÕES	230
-------------------------	-----

BIBLIOGRAFIA	238
---------------------------	-----

ÍNDICE	254
---------------------	-----

INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste em uma análise sistemática dos caracteres jurídicos, políticos e sociais que, na contemporaneidade, conformam um dos mecanismos centrais de atuação da Administração Pública brasileira voltada à efetivação dos Direitos Fundamentais, sobretudo, dos direitos sociais, econômicos e culturais: as *políticas públicas*. Não se destina, por certo, a esgotar a matéria nem a formular conceitos estruturalmente novos nessa seara do conhecimento jurídico. Chama para si, nada obstante, o dever acadêmico de expor fatos e problematizar idéias.

Como essa espécie de atuação estatal não se apresenta como um tema ontologicamente jurídico¹, ao longo do tempo ela acabou não recebendo uma disciplina jurídica mais intensa, permanecendo o seu tratamento e a sua regência circunscritos ao campo do debate político². Nada obstante isso, na atualidade, a preocupação do Direito sobre as *políticas públicas* tem gradativamente aumentado, com vistas a propiciar um maior controle (jurídico e social) sobre os fins delineados pela Constituição para o Estado.

Conforme será demonstrado, a crescente apreensão jurídica dos caracteres que moldam as *políticas públicas* não significa a realização de uma

¹ Como o próprio nome explicita, ainda que se voltem a proporcionar direitos, as políticas públicas, antes de possuir uma natureza jurídica, detêm uma índole política inafastável. Outrossim, elas não eram tidas como um tema essencialmente jurídico porque, como se demonstrará no curso do trabalho, eram submetidas a princípios e valores diversos dos mecanismos jurídicos tradicionais de realização dos Direitos Fundamentais, como os que informam os serviços públicos. Sobre a transformação dos fundamentos axiológicos normativos do Direito Administrativo e, igualmente, da Administração Pública contemporânea, interessante a obra de DIDIER, Jean-Pierre. **La Déontologie de l'Administration**. Paris: PUF, 1999. p. 13 e seguintes.

² A temática das políticas públicas, até o avanço da Teoria Constitucional que na contemporaneidade busca espriar a normatividade do texto da Constituição por sobre todos os âmbitos nos quais o Direito se faz presente, era restrita à esfera política, sendo denominada de mérito administrativo e submetida exclusivamente a um juízo de conveniência e oportunidade do Administrador Público, de modo que se tornou inacessível, inclusive à apreciação pelo Poder Judiciário. Atualmente, ainda que gradativamente esteja sendo possível o acesso ao controle do mérito administrativo, com vistas ao atendimento adequado dos fins estatais, são poucos os mecanismos jurídicos aptos a que essa influência se dê de forma adequada, necessária e proporcional.

“colonização” da política pelo direito, mas reflete a própria transformação do Estado³ que, sob um paradigma estritamente formal, característico do Estado de Direito, passa a estar erigido sobre uma racionalidade que lhe confere um substrato substancial, adequado ao Estado Constitucional⁴, no qual as *políticas públicas* deixam, por conseguinte, de se situar exclusivamente no âmbito da deliberação política para receber intensa circunscrição jurídica, em especial da Constituição⁵.

As próprias *políticas públicas* representam a modalidade de ação por excelência do modelo de Estado Constitucional: o *government by policies* – governo por políticas, que se contrapõe à forma de atuação do Estado de Direito, designado por *government by law* – governo por leis⁶.

Embora esse modelo de Estado submetido à lei, cujo ideário iluminista e

³ A transformação do Estado a partir da Constituição e da Constituição a partir do Estado segue o que Maurizio Fioravanti descreve como sendo o duplo movimento da história do Direito Público Moderno: Dalla ‘Constituzione’ allo ‘Stato’ e dallo ‘Stato’ alla ‘Constituzione’. In: FIORAVANTI, Maurizio. **Stato e Costituzione: Materiali per una Storia delle Dottrine Costituzionali**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993. p. 04.

⁴ A noção de Estado Constitucional pode ser tomada, como se explicita na presente dissertação, como similar a do Estado Democrático de Direito, submetido à uma Carta Constitucional rígida, que garante a supremacia dos Direitos Fundamentais. Nesse sentido, argumenta Paulo Otero que “o moderno Estado pluralista, enquanto expressão de um modelo oposto ao Estado totalitário, afirmando ser um Estado de Direito democrático ou democrático de Direito, é, por definição, um ‘Estado de Direitos fundamentais’: trata-se de um Estado baseado no respeito pela dignidade da pessoa humana e ao serviço da garantia da inviolabilidade dessa mesma dignidade inerente a cada pessoa individual e concreta”. In: OTERO, Paulo. **A Crise do “Estado de Direitos Fundamentais”** In: Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos. Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mender, André Ramos Tavares. (orgs.) São Paulo: Saraiva, 2005. p. 179. Na mesma linha, tomada como diretriz para o presente trabalho, argumenta José Joaquim Gomes Canotilho que “qualquer que seja o conceito e a justificação do Estado – e existem vários conceitos e várias justificações – o Estado só se concebe hoje como Estado Constitucional”. Para o autor, as duas grandes qualidades do Estado Constitucional são o Estado de Direito e Estado Democrático. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 89.

⁵ Invariavelmente, de acordo com José Joaquim Gomes Canotilho, todas as Constituições pretendem, de uma forma ou de outra, conformar o político. As Constituições características do Estado Constitucional, denominadas como dirigentes, além disso, pretendem racionalizar a política, incorporando um elemento legitimador da política, que é o estabelecimento de metas e tarefas previstos no texto Constitucional. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 28.

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade das Políticas públicas**. In: Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba. Direito Administrativo e Constitucional. Celso Antônio Bandeira de Mello (org.) São Paulo: Malheiros, 1997. p. 351.

liberal, relacionado à proteção dos direitos políticos e individuais moldou a sistematização do Direito Administrativo brasileiro⁷, não tenha concretizado, no Brasil, todos os seus objetivos, ele representou uma conquista, que não pode ser olvidada. Apesar desse *paradigma* do Estado de Direito não ter consolidado todas as suas “promessas” oriundas do imaginário moderno de emancipação⁸, ele se aperfeiçoou, tornando-se naquilo que se convencionou a chamar Estado Constitucional⁹.

Diversamente do anterior, nesse novo modelo estatal, plural e democrático, como será mencionado no curso do estudo, o Estado está diretamente vinculado ao atendimento de uma série de objetivos axiológicos, relacionados à progressiva promoção de determinados fins, como a superação das desigualdades materiais presentes na sociedade, a realização de uma justiça substancial e a salvaguarda da democracia,¹⁰ que representam efetivas cláusulas de *transformação social*.

⁷ Ao lado da proteção jurídica do cidadão em face da autoridade do Estado, o Direito Administrativo brasileiro esteve voltado à descrição da estrutura do aparato estatal, como se vê pela obra de Francisco Campos, que descreve, na era Vargas, a criação das autarquias, assim como da organização de uma carreira própria da burocracia administrativa, por meio da realização de concursos públicos. In: CAMPOS, Francisco. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943.

⁸ Para além das demandas que se colocaram ao Estado ao tempo de Estado de Direito ainda não concretizadas, não pode o Estado Constitucional descurar-se das questões contemporâneas a ele colocadas. Nesse sentido, ensina Rogério Gesta Leal que “(...) este Estado tem colocado sérias questões a serem respondidas pela teoria política contemporânea, sendo que a principal delas, ao menos no âmbito dos países ditos em desenvolvimento, como o Brasil, é a de saber sobre as condições de se atribuir aos poderes públicos a responsabilidade de proporcionar espaços de interlocução, deliberação e execução, a toda sociedade e cidadãos, das prestações necessárias e os serviços públicos adequados para o pleno desenvolvimento de suas vidas, contempladas não só a partir das liberdades burguesas tradicionais, mas sim, a partir das prerrogativas e Direitos Fundamentais e humanos garantidos pela nova ordem Constitucional”. In: LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração Pública e Sociedade: Novos Paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 34.

⁹ Jeremy Bentham já utilizava, no século XVIII, a expressão Estado Constitucional. Para ele, tratava-se do modelo estatal que substituíria o modelo do antigo regime, republicano, como o modelo jurídico norte-americano. Segundo ele, para este paradigma de Estado, há três princípios estruturais. (i) A divisão de poderes, (ii) os Direitos Fundamentais e (iii) a soberania nacional e a democracia representativa. Fazendo um paralelo com a literatura brasileira sobre o tema, o Estado Constitucional de Bentham tem o mesmo significado que o Estado de Direito. In: GARCIA, Benigno Pendas. J. BENTHAM: **Política y Derecho em los Orígenes del Estado Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988. p. 277 e seguintes.

¹⁰ A indicação desses fins acabou por dar ensejo, como será adiante explicitado, ao Constitucionalismo contemporâneo, que se preocupa, além da realização desses fins, com a sua justificação e fundamentação, assim como com a sua compatibilidade com a democracia, cuja promoção e ampliação também representam um desses escopos. No Estado brasileiro, em um

A ancoragem do Estado Constitucional a essas metas de caráter positivo, ao lado das proibições a ele impostas anteriormente, no entanto, resulta no alargamento das funções a serem desempenhadas pelo aparato estatal em face das atividades promovidas pelo Estado de Direito e, igualmente, exige a ampliação dos mecanismos de realização dos fins e dos seus instrumentos jurídicos de controle.

Sem embargo disso, o edifício do Direito Administrativo nacional, ainda que objeto de gradativa renovação, permanece estruturado sob a severa formatação proveniente do ideário do Estado de Direito, que lhe deu origem, haja vista que se volta ao delineamento de uma Administração Pública, unitária e dotada de prerrogativas autoritárias, separada da *sociedade civil* e destinada à consecução de finalidades abstratas, como aquelas que se subsumem à monolítica fórmula do *interesse público* e que são buscadas, em geral, pela clássica figura do ato administrativo, unilateral, e seus mecanismos derivados.

Denota-se, assim, que, no plano dos valores, o tradicional Direito Administrativo apresenta um relativo *descompasso* com o modelo jurídico do Estado Constitucional¹¹, o qual estabelece objetivos passíveis de uma concretização maior que os fins estabelecidos pelo Estado de Direito e que devem ser perseguidos por esse Direito Administrativo. Para tanto, o Estado Constitucional também tem delineado as formas e os meios de alcance desses fins, que devem, portanto, ser objeto também dessa disciplina jurídica que se

sentido geral, esses fins podem ser subsumidos ao disposto no preâmbulo, assim como no artigo 3º da Constituição Federal de 1988.

¹¹ De acordo com Eros Roberto Grau, “o Direito Administrativo constituído pela nossa doutrina embalada pelo individualismo que, com marcas tão profundas, a caracteriza, é produto do liberalismo econômico gEstado no século XIX, ainda que sob a máscara do liberalismo político”. E é por isso que, o autor afirma que “urge reconstruirmos o Direito Administrativo como regulação da ação do Estado voltada à satisfação do social e não apenas como conjunto de regras que regula as relações dos particulares com a autoridade administrativa”, isto é, para ele, “impõe-se substituímos o Direito Administrativo/defesa do indivíduo por outro, um Direito Administrativo/organização do Estado, que não apenas proteja o indivíduo, mas, ademais, esteja a serviço da satisfação do social”. In: GRAU, Eros Roberto. **O Estado, a Liberdade e o Direito Administrativo**. In: Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho. Número 21, Jul-dez/2002. p. 167.

preocupa com a realização dos fins do Estado e que envolvem caracteres sócio-jurídicos e políticos, como as *políticas públicas*.

Nessa linha, é plausível precisar que o marco temporal dessa transformação que erige as *políticas públicas* como meio essencial de atuação do Estado-governo,¹² em face da sociedade e que inaugura o Estado Constitucional, se põe, no Brasil, com a promulgação da Carta Constitucional de 1988, que representou a instauração de uma *nova ordem jurídica* nacional, voltada à busca da superação do quadro fático e institucional anterior, desigual e autoritário.

Além disso, a nova Constituição, ontologicamente distinta das precedentes, significou o primeiro e decisivo passo para a inserção do Brasil no conjunto de países que aderiram ao *Constitucionalismo* contemporâneo, caracterizado, em um sentido formal, pela superioridade hierárquica e definitiva centralidade da Carta Magna, pela plena normatividade dos princípios e regras constitucionais e, em uma acepção material, pela inclusão explícita de valores relacionados com o respeito e com a promoção da dignidade da pessoa humana e dos Direitos Fundamentais, inclusive os Direitos Fundamentais sociais, consoante será demonstrado no andamento do trabalho.

Os caracteres jurídicos e políticos acima explicitados não exprimem, propriamente, uma inovação. Inúmeros autores se voltam a comentar as alterações entre as Constituições editadas ao tempo do Estado de Direito e ao tempo do Estado Constitucional, atual¹³.

¹² Toma-se Estado-governo, na acepção de Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino para os quais se pode definir Governo como o conjunto de pessoas que exercem o poder político e que determinam a orientação política de uma determinada sociedade”. Ressaltam, além disso, os autores que é preciso “acrescentar que o poder de Governo, sendo habitualmente institucionalizado, sobretudo na sociedade moderna, está normalmente associado à noção de Estado”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora UnB, 1998. p. 553.

¹³ Na doutrina nacional merece destaque, por todos, a obra de Paulo Bonavides, que foi pioneira na explicitação da transformação dos elementos que informavam a travessia do Estado Liberal de Direito ao Estado Social de Direito. In: BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal do Estado Social**. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001. Na literatura estrangeira, a obra de Jorge Reis Novaes se destaca. Para o professor da Universidade de Lisboa, a noção de Estado Social e Democrático de Direito assemelha-se à noção tomada como de Estado Constitucional para o presente trabalho. Segundo ele, essa denominação para o Estado, “enquanto conceito que

Uma das características pouco exploradas, porém, relaciona-se com a *dinâmica* que as recentes Cartas Constitucionais, levadas a efeito a partir da segunda metade do século XX, imprimiram à realidade jurídica e social em relação às Magnas Cartas do período precedente. Sob a égide do liberalismo, o edifício estatal do modelo jurídico-político antecedente foi arquitetado sob os ideais de *inação* e da *não intervenção*, uma vez que, sob essa perspectiva, não competia ao Estado guiar a sociedade civil para a realização de fins comuns. Nesse período, a primordial tarefa estatal consistia, de acordo com Fábio Konder Comparato, em propiciar, sob a égide de leis gerais, constantes e uniformes condições de segurança – física e jurídica – à vida individual¹⁴.

Em oposição a isso, os Estados contemporâneos passaram a orientar a *Sociedade Civil* para a realização de fins e objetivos comuns e pré-determinados pela Constituição e a delinear os instrumentos e os meios mais adequados para o alcance desses escopos, cuja consecução passou a determinar a legitimidade do próprio Estado. À época do Estado liberal, a legitimação do aparato estatal, competia, essencialmente, ao poder legislativo que, na qualidade de representante do povo, buscava dar expressão legal à soberania popular¹⁵. Atualmente, contudo, a legitimidade estatal acaba por transcender a expressão legislativa da soberania popular e passa a repousar na satisfação progressiva das necessidades coletivas indicadas pela Constituição, a qual, a rigor, necessita ocorrer por meio da coordenação, promoção e da realização de *políticas públicas* voltadas a realizar essas finalidades.

Nesse diapasão, no Estado Constitucional, o papel da Administração

exprime a limitação e vinculação jurídica do Estado com vista à garantia dos Direitos Fundamentais do homem e à promoção das condições do livre e autônomo desenvolvimento da personalidade individual – acolher e integrar juridicamente as transformações económicas e sociais democraticamente decididas e, com tal alcance, constituir-se em princípio estruturante da ordem Constitucional das sociedades democráticas contemporâneas”. In: 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, 1987.

¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.*, p. 351.

¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Id. Ibid.*

Pública, que envolve as atividades do governo estatal, é ampliado, na medida em que a ela compete a concretização dos elementos normativos gerais e abstratos contidos no sistema jurídico, de modo que, para isso, deve promover a implementação de uma multiplicidade de ações e programas das mais diversas modalidades.

Esse conjunto de atividades – ações e programas – identifica-se como sendo *políticas públicas*¹⁶ e o seu exame, assim como a análise dos limites¹⁷ fáticos, políticos e jurídicos postos à sua concretização, indica o escopo e delinea o fio-condutor da presente dissertação.

Para atingir as suas finalidades acima expendidas, a dissertação que aqui se traz a lume tem por premissa o reconhecimento da imediata imperatividade dos comandos constitucionais, sobretudo dos princípios que veiculam os Direitos Fundamentais sociais. A concretização desses direitos, porém, demanda do Estado o dispêndio de grandes somas de recursos públicos que, em face das ilimitadas necessidades públicas, são escassos. Em razão da insuficiência dos recursos, impõe-se, pela Administração Pública, a realização de escolhas e a priorização dos objetivos a serem satisfeitos.

¹⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas públicas**. In: Revista de Direito Administrativo. Abr/Jun.2005 n° 240. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

¹⁷ Não são poucos os argumentos que visam à retirada da eficácia jurídica dos Direitos Fundamentais que dependem da concretização de políticas públicas para a sua promoção e proteção. As principais relacionam-se à escassez de recursos públicos e a exclusividade do Executivo e do Legislativo para a fixação de políticas públicas. Nesse sentido “(...) o grande número de preceitos constitucionais, alguns deles já citados, pouca valia têm para obrigar aos poderes públicos esmerarem-se na proteção da saúde, educação e outros interesses essenciais à vida em sociedade. Estão inscritos na Constituição como um programa, como o fim a que o Estado deve sempre perseguir, mas, em verdade, não constituem direitos de todos, nem de um cidadão, ainda que a sua necessidade à assistência médica hospitalar, ou cirúrgica, seja premente. Esse programa a que a Constituição se refere, repetidamente, está condicionado, para sua concretização, à edição de leis que delimitem as políticas econômicas e sociais, as ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, indicando-lhes os meios ou os recursos financeiros para efeito do devido provimento de toda uma política de proteção e assistência social (...) A Constituição Federal é extremamente rigorosa ao vedar a realização de despesas, pelos órgãos do Poder Público, sem previsão orçamentária e correspondente disponibilidade financeira. Todas as despesas realizadas pelos Poderes Públicos devem se restringir ao que está delineado nos orçamentos. Nenhum órgão ou autoridade pode efetuar qualquer despesa, seja que natureza for, sem previsão no orçamento”. In: REINALDO, Demócrito Ramos. **A Aids e o Poder Judiciário**. In: Revista dos Tribunais n° 749, p. 164.

É por isso que esta dissertação sustenta que a eleição dos direitos que serão promovidos ou protegidos pelo Estado, na sua vertente da Administração, por meio da implementação de *políticas públicas*, não se encontra exclusivamente no campo da deliberação política, mas submetido aos comandos constitucionais.

Nesse passo, é possível aludir-se que (i) como a Constituição estabelece a promoção dos Direitos Fundamentais como um dos seus fins essenciais; (ii) como as *políticas públicas* são os meios pelos quais os fins constitucionais podem ser realizados de forma abrangente e sistemática; (iii) como as *políticas públicas* envolvem o gasto de dinheiro público; (iv) como os recursos públicos são limitados; e (v) como é impositiva a realização de escolhas, denota-se que a Constituição vincula as escolhas em termos das *políticas públicas* e do dispêndio de recursos públicos¹⁸.

De acordo com o silogismo acima exposto, é no momento em que a Administração Pública promove o conjunto de seus gastos orçamentários, realizando *políticas públicas*, que a promoção dos objetivos estatais e dos Direitos Fundamentais, sobretudo os direitos sociais – que dependem de prestações estatais positivas – pode ocorrer.

Nessa linha de raciocínio, o exame das *políticas públicas* como mecanismos de dispêndio de gastos públicos para o fim de atingir os fins estatais delimitados pela Constituição passa a ter grande relevância para o Direito. Sem embargo da atualidade do tema, poucos foram os autores que, até o momento, dedicaram-se a estudar juridicamente essa modalidade de atuação estatal¹⁹. À luz dos ensinamentos desses autores é que este trabalho se apresenta, visando a apontar essa forma de concretização de direitos, essencialmente dos direitos

¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 91.

¹⁹ Na doutrina nacional, destaca-se a Revista Jurídica **Direitos Sociais & Políticas públicas: Desafios Contemporâneos**, organizada por Rogério Gesta Leal e Jorge Renato dos Reis e editada pela Edunisc, que tem por escopo o exame de aspectos relacionados à essa temática.

sociais, econômicos e culturais²⁰ pela Administração Pública.

Para tanto, o primeiro passo dado em direção a esse trajeto metodológico corresponde à investigação dos elementos que influenciaram a travessia do modelo jurídico do Estado de Direito para o paradigma do Estado Constitucional²¹.

O exame destes elementos está alocado no Título Um da dissertação, que contempla três capítulos, todos destinados a demonstrar as transformações que o advento do Estado Constitucional promoveu em relação ao Direito, à Sociedade e ao próprio Estado.

No primeiro capítulo deste título, o trabalho se volta ao exame da influência axiológica do Estado Constitucional na tradicional dicotomia público *versus* privado, destacando, como resultante dessa influência, o fenômeno da ampla Constitucionalização do Direito.

No capítulo seguinte, dedica-se o trabalho ao exame das transformações que a travessia do Estado de Direito ao Estado Constitucional promove no Direito, destacando a ascensão dos princípios como efetivos instrumentos normativos, ao lado das regras, e o dirigismo Constitucional, como um predicado essencial no

²⁰ Sobre estes direitos, alude Fábio Konder Comparato que “em seu conjunto, os direitos econômicos, sociais e culturais compreendem direitos individuais reflexos (...) além de direitos de todo o povo, a exemplo do de proteção ao consumidor, que a nossa Constituição não incluiu, no entanto, entre os direitos sociais declarados no artigo 6, preferindo capitulá-lo no artigo 5, XXXII. Segundo o critério subjetivo, a especificidade dos direitos econômicos, sociais e culturais parece residir no fato de que, há generalidade dos casos, seus titulares são grupos sociais carentes de poder, econômico ou político”. In: COMPARATO, Fábio Konder. **O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. In: Estudos de Direito Constitucional: Em homenagem a José Afonso da Silva. CUNHA, Sérgio Sérvulo da; GRAU, Eros Roberto. (org.). São Paulo: Malheiros, 2003. p. 245.

²¹ Acerca da passagem do modelo do Estado de Direito ao modelo Constitucional, afirma Luigi Ferrajoli que “(...) estes dos significados corresponden a dos modelos normativos diferentes: el modelo paleo-iuspositivista del Estado legislativo del Derecho (o Estado legal), que surge com el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica, y el modelo neo-iuspositivista del Estado Constitucional de Derecho (o Estado Constitucional), producto, a su vez, de la difusión em Europa, tras la Segunda Guerra Mundial, de las Constituciones rígidas y del control de Constitucionalidad de las leyes ordinarias. Sostendré, además, que estos dos modelos reflejan dos experiencias históricas diferentes, ambas desarrolladas em el continente europeo y fruto cada una de ellas de um triple cambio de paradigma: a) em la naturaleza y estructura del Derecho, b) em la naturaleza de la ciencia jurídica y c) em la de la jurisdicción”. FERRAJOLI, Luigi. **Pasado Y Futuro del Estado de Derecho**. In: CARBONELL, Miguel (org.) **NeoConstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 14.

modelo estatal atual, em particular dos países de Modernidade tardia, como o Brasil.

Observa-se, ainda, no capítulo três, que o Direito Administrativo passa por um amplo processo de transformação, provocado pela permuta da rubrica *interesse público*, metafísica, monolítica e unilateral e que funcionava como verdadeiro *abracadabra* do Estado de Direito, pelas finalidades éticas e plurais que se impõem ao aparato estatal na contemporaneidade, as quais não necessariamente deixam de ser expressão dos interesses públicos existentes na sociedade.

Na seqüência, dá-se início ao Título Dois, no qual se propõe o exame dos fins éticos do Estado Constitucional, que, em última análise, emanam da necessidade da salvaguarda da dignidade da pessoa humana. Além do estudo desse princípio basilar da República brasileira, que se encontra no primeiro capítulo, contempla o segundo capítulo deste Título, análise acerca do atual estágio de desenvolvimento da Teoria dos Direitos Fundamentais, inclusive dos direitos sociais, econômicos e culturais, os quais se apresentam como decorrentes da dignidade humana e, portanto, como fins éticos do Estado, porém, com uma maior densidade normativa do que ela, facilitando a sua aplicabilidade.

Tornada clara a importância dos caracteres dos Títulos Um e Dois, que constituem as premissas teóricas necessárias para o alcance do desígnio do trabalho, dá-se mais um passo adiante, que consiste no estudo propriamente dito das *políticas públicas*. No capítulo um deste Título Três, examina-se o conceito, se é possível delimitar semanticamente, de *políticas públicas*, assim como a sua relevância para o Direito Administrativo. Ao lado disso, volta-se o capítulo à aplicação da principiologia Constitucional da Administração Pública à promoção, à gestão e ao controle das *políticas públicas*.

Buscando demonstrar a problemática em que se envolve a realização das

políticas públicas na atualidade, no capítulo dois, enfrentam-se os limites postos à sua efetivação, como a escassez de recursos e o seu corolário jurídico, o argumento da reserva do possível. Por fim, no derradeiro capítulo, dá-se o último passo no sentido do trajeto inicialmente proposto, circunscrevendo alguns instrumentos e parâmetros de controle jurídico das *políticas públicas*, como a proibição da insuficiência e a vedação de retrocesso em matéria de *políticas públicas* sociais, com vistas à progressiva garantia da promoção dos objetivos da Constituição, com a necessária salvaguarda da eficácia dos Direitos Fundamentais, e, como decorrência disso, o desenvolvimento da sociedade brasileira.

Essa é, por conseguinte, a *arquitetônica* do presente trabalho, voltada à demonstração da importância da apreensão das *políticas públicas* pelo Direito Administrativo-Constitucional. Como o caminho se faz caminhando²², segundo a lição de Paulo Freire, inicia-se, agora, passo a passo, o trajeto proposto, rumo aos objetivos pretendidos e acima sumariamente aludidos.

Antes disso, porém, convém consignar que o trabalho não apresenta qualquer pretensão de completude sobre a temática, vastíssima e apta a suscitar uma miríade de questionamentos e aspectos de ordem jurídica, política e social. Assim, o propósito da dissertação é o de contribuir para a discussão acerca dos elementos axiológicos que dão substrato às *políticas públicas* no Estado Constitucional. E, além disso, intenta colaborar para o debate sobre os mecanismos e alternativas que o Direito pode oferecer para a superação dos graves problemas sociais e econômicos que a realidade brasileira apresenta.

TÍTULO UM

DA TRAVESSIA DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO CONSTITUCIONAL E SUAS REPERCUSSÕES SOCIAIS, JÚRÍDICAS E POLÍTICAS.

²² FREIRE, Paulo; HORTON, Myles. **O Caminho se faz Caminhando: Conversas sobre Educação e Mudança Social**. São Paulo: Vozes, 2003.

(...) *Então, temos que ter uma lei que faça cumprir a Constituição.*²³

A apreensão da temática que recorta a travessia a ser examinada pressupõe a retomada de alguns aspectos essenciais da configuração do Estado, nomeadamente do Estado de Direito²⁴.

Até a afirmação teórica do Estado de Direito, sob o qual se buscou subsumir o poder do soberano à legalidade, o centro da atividade administrativa²⁵ do Estado era infensa e impenetrável ao Direito²⁶ e a qualquer outro controle externo. Sob o pretexto de que o conteúdo do direito exercido se identificava com a vontade do príncipe ou sob o postulado de que “o rei não poderia errar”²⁷, os atos do titular exercente do poder político-administrativo do Estado não

²³ Essa frase, de autoria desconhecida, expressa uma ambígua racionalidade, típica sob a égide do Estado de Direito, que, a pretexto de valorizar a lei, acabou por retirar a normatividade plena dos comandos constitucionais, que eram tidos apenas como normas de organização estatal e estabeleciam apenas enunciados programáticos, dotados de limitada eficácia.

²⁴ A fórmula do Estado de Direito (Rechtstaat) relaciona-se com a delimitação do Poder do Estado pela lei em sentido formal, que sucede a idéia de Estado de Polícia ou Despótico antes vigente. Nessa linha, sustenta Jean Rivero que a “(...) concepção de Estado de polícia - que é preciso não confundir com Estado policial, no sentido polêmico da expressão - cedeu, no entanto, o lugar, de uma maneira geral, à de Estado de Direito: em todos os Estados Modernos admite-se que a Administração está vinculada pela regra de direito. Este é um dos princípios fundamentais do liberalismo político”. In: RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Trad. de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1981. p. 19.

²⁵ Para os intentos aqui delineados, a atividade administrativa aqui expressa corresponde à expendida por Agustín Gordillo: “toda a atividade realizada pelos órgãos administrativos e a atividade que realizam os órgãos legislativos e judiciários, excluídos respectivamente os atos e fatos materialmente legislativos e jurisdicionais”. In: GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo I, 4ª ed., Buenos Aires: Fund. de Derecho Administrativo, 1997. p. VII.

²⁶ Embora seja possível ver o Direito sob as mais variadas formas, como, por exemplo, na forma de um dever ser fático, ou como norma, decisão ou ainda como fenômeno jurídico, toma-se para os fins de delimitá-lo ao tempo e espaço de vigência de um Estado pré-liberal, como um “sistema de normas que regula - para assegurá-la - a preservação das condições do homem em sociedade”, tal como Eros Roberto Grau sustenta ser a típica descrição jurídica de um expositor acrítico do direito. In: GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 16.

²⁷ Como afirma Romeu Felipe Bacellar Filho, trata-se da sobranceira posição ostentada pelos detentores do poder político em relação à qualquer norma jurídica, haja vista que “os monarcas nunca poderiam ser responsabilizados por qualquer atitude cometida em nome do Poder que detinham como soberanos, postulado este que oferecia sustentação à Teoria da Irresponsabilidade, vigente à época, baseada no postulado de que the king can do no wrong, ou ainda, le roi ne peut mal faire”. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 01.

comportavam qualquer espécie de controle²⁸.

Em sua essência, mesmo após a consagração fática da clássica fórmula do Estado de Direito²⁹, que buscava a superação do quadro despótico anterior, acima assinalado, essa situação concreta não se alterou. Permaneceram, como *poderes do governante, o imperium*, a polícia e a possibilidade de edição de “atos de governo”³⁰, os quais, desde que em conformidade com a formalidade da lei, eram reputados legítimos, ainda que agentes promotores da barbárie³¹, substituindo, muitas vezes, os ideais iluministas de *igualdade, fraternidade e liberdade*, cânones³² do surgimento do ideário do Estado de Direito³³.

Com a gradativa ampliação dos instrumentos de controle da Atividade

²⁸ Esse era o quadro político do Estado Absolutista, em que “a vontade do soberano perfazia a vontade do Estado, sem que estivesse sujeita a qualquer espécie de controle. A investidura no Poder Estatal, naquele período, era posta como uma dádiva de Deus, restando afastada qualquer possibilidade de erro. Sem a possibilidade de errar, os atos estatais não eram passíveis de controle, e o rei unia em torno de si as competências de legislar, julgar e administrar”. In: AUGUSTIN, Sérgio. **O Controle Jurisdicional do Ato de Governo**. Tese. Curitiba: UFPR, 2002. p.02.

²⁹ Assevera Gustavo Zagrebelsky que “a expressão ‘Estado de Direito’ é certamente umas das mais afortunadas da ciência jurídica contemporânea”. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia**. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1999. p. 21. Sobre a fórmula do Estado de Direito argumenta ainda Caio Tácito que é a espécie estatal em que “a atividade arbitrária se transforma em atividade jurídica. A lei, como expressão da vontade coletiva, incide tanto sobre os indivíduos como sobre as autoridades públicas. A liberdade administrativa cessa onde principia a vinculação legal. O executivo opera dentro de limites traçados pelo Legislativo e sob a vigilância do Judiciário”. In: TÁCITO, Caio. **A Constituição e o Direito Administrativo**. In: Revista de Direito Administrativo. n° 242, out./dez.2005. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 203.

³⁰ A existência dos Atos de Governo, desde sempre, foi tema de grande dedicação por parte da doutrina francesa: “les actes de gouvernement seraiet tous les actes et seulement les actes qui son l’execution directe d’une disposition formelle de la constitut”. DUCROCQ, Théophile. **Cours de droit administratif**. Paris: A. Fontemoing, 1897. p. 23. Definição mais precisa, porém, é a produzida por Carré de Malberg, para quem “lo que caracteriza el acto de gobierno, es precisamente el hecho de que, a diferencia de los actos de administración, se encuentra libre de la necesidad de habilitaciones legislativas y se cumple por la autoridad administrativa com um poder de libre iniciativa, em virtud de uma potestad que le es propia y que procede de um origen distinto de las leyes, de modo que el gobierno puede calificarse, al menos em este sentido, como actividad independiente de las leyes”. In: MALBERG, Carré de. **Teoria General del Estado**. Ciudad del México: Fondo de Cultura, 1948. p. 183.

³¹ Cf. HOBBSAWN, Eric. **A Era dos Extremos – O Breve Século XX: 1914 – 1991**. 2ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

³² TROPPER, Michel. **La notion de citoyen sous la Révolution Française**. In: Études em l’ honneur de Georges Dupuis. Préface de Georges Vedel. Paris: L.G.D.J., 1997. p. 301-322.

³³ O Estado de Direito é, sob a luz do Iluminismo característico de sua época de surgimento, o Estado da razão, ou seja, é o Estado governado segundo a vontade geral da razão e orientado à consecução formal do bem comum.

Administrativa Estatal, essa conjuntura vem se modificando nas últimas décadas³⁴. É por esse motivo que se tem comumente argumentado que o Direito Administrativo é objeto de uma branda, mas contínua transição do *autoritarismo* para a *democracia*,³⁵ mesmo com a força oposta pelos postulados do pretérito que, reiterados pela doutrina tradicional e pela praxe forense, alteram a compreensão dos fenômenos da atualidade³⁶ e mitigam as possibilidades de transformação que se fazem necessárias no presente.³⁷

Essa passagem do Direito Administrativo³⁸, da rigidez autoritária à flexibilidade democrática, insere-se em um movimento mais amplo, que não contempla apenas a disciplina jurídica da Administração Pública, mas que engloba todo o ordenamento jurídico e que acaba por repercutir em todas as suas possíveis ramificações. Trata-se da passagem do modelo do Estado de Direito ao Estado Constitucional.³⁹

³⁴ Além da doutrina, cujo papel é fundamental, o Poder Judiciário, no caso brasileiro, tem contribuído sobremaneira para a mitigação da superposição das razões de Estado, sobre os direitos dos cidadãos. Nesse sentido, posicionou-se o Supremo Tribunal Federal em decisão lavrada pelo Ministro Celso de Mello: “Razões de Estado - que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, ex parte principis, a inaceitável adoção de medidas que frustram a plena eficácia da ordem Constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade - não se legitimam com o argumento idôneo de sustentação da pretensão jurídica do Poder Público. Precedentes”. RE-269437/SP.

³⁵ MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito Administrativo: Da Rigidez Autoritária à Flexibilidade Democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

³⁶ GORDILLO, Agustín. *Op. cit.*, p. 02.

³⁷ Gustavo Zagrebelsky argumenta que a redução da ciência jurídica a um meio de exegese da lei e à busca da revelação da vontade do legislador é típica do positivismo acrítico do século XIX. Tal concepção, no entanto, permanece ainda, nos dias de hoje, como resíduo na opinião geral dos juristas, sobretudo os de atuação eminentemente prática. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. cit.*, p. 33.

³⁸ O Direito Administrativo não se viu questionado apenas entre a autoridade, de um lado, e a democracia, de outro. A sua constante mutação se dá também pelas múltiplas posições a que tem sido submetido ao longo de sua recente história. Uma delas é entre os valores que informam a ciência administrativa, delineada pela administração privada, fundada na perspectiva de valorização máxima da eficiência e o Direito Constitucional, que delineia uma Administração mais voltada à satisfação dos interesses coletivos. Jacques Chevalier é um dos autores que, na França, questionou o posicionamento desse ramo jurídico em face das variadas posições teórico-ideológicas. In: CHEVALLIER, Jacques. **Le Droit Administratif entre Science Administrative et Droit Constitutionnel**. In: *Le Droit Administratif en Mutation*. Paris: Presses Universitaires de France, 1993. p. 11-40.

³⁹ Essa travessia “induz a pensar um autêntico cambio genético, mais do que um desvio momentâneo na espera e na esperança de um retorno”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. cit.*, p.33.

Não se pode sustentar, contudo, que essa travessia do Estado de Direito ao Estado Constitucional seja, unicamente, fruto da presença de uma Constituição rígida que dá fundamento ao Estado Constitucional. Isso porque nos modelos de Estado de Direito havia, por igual, uma Constituição no ápice de seu sistema normativo⁴⁰. Por evidente, a diferença entre esses modelos de Estado não se trata apenas da presença de uma Constituição⁴¹, mas de uma série de elementos que alteram profundamente a ordem jurídica e as formas de sua interpretação e aplicação fática.

Não se trata, também, da substituição acabada de um modelo jurídico estatal por outro, distinto. Ao contrário, o Estado Constitucional é uma versão particular, *aperfeiçoada*, do Estado de Direito⁴², que pretende aproveitar suas virtudes, como a busca de limitação formal do poder do soberano e superar suas vicissitudes, como a ausência de *normatividade*⁴³ do seu texto Constitucional, o qual, por ser, em geral, tomado como um documento de teor exclusivamente político, era dotado de nenhuma *imperatividade*. Por esse motivo, as Constituições que conformam juridicamente o Estado de Direito são classificadas

⁴⁰ Em 1929 foi publicada a obra *A Defesa da Constituição*, por Carl Schmitt. Nessa obra, o autor buscava, de maneira pioneira, demonstrar os mecanismos de sustentação e de conservação da Carta Constitucional. Em tal época, porém, ainda que existente a preocupação em garantir a unidade da Constituição, por meio de uma interpretação pelos Tribunais Constitucionais das normas constitucionais ambíguas, não havia a pretensão de garantia da normatividade Constitucional tal como as Cortes Constitucionais apresentam na atualidade. Cf. SCHMITT, Carl. **La Defensa de La Constitucion**. Traducción de Manuel Sanchez Sarto. Segunda Edición. Madrid: Tecnos, 1998.

⁴¹ Mesmo porque, como sublinha Romeu Felipe Bacellar Filho, “se é correto, como afirma Diogo Freitas do Amaral, que a existência de uma Constituição já não é, necessariamente, sinônimo de limitação do poder, podendo até constituir-se em forma de legitimação do arbítrio estatal”, a presença de uma Constituição rígida traz uma nova dimensão ao ordenamento jurídico, como a imposição de finalidades a que o exercente do poder persiga. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Aspectos polêmicos do regime disciplinar do servidor público**. In: MODESTO, Paulo; Mendonça, Oscar. (org.) *Direito do Estado: Novos Rumos*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 89.

⁴² Para Gustavo Zagrebelsky, “quando se compara os caracteres concretos do Estado de Direito do século XIX com os do Estado Constitucional atual, adverte-se que, mais do que uma continuação, trata-se de uma profunda transformação que afeta inclusive a concepção do Direito”. In: ZAGREBLESKY, Gustavo. *Op. cit.*, p. 22.

⁴³ Para Konrad Hesse, “a Constituição não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassale”, que a teorizava como despicienda de força normativa, à luz dos valores predominantes no auge do liberalismo. In: HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 09 e 25.

como constituições semânticas⁴⁴.

A gradual substituição das constituições semânticas pelas constituições “para valer” suscitou uma série de repercussões por todo o âmbito social, em especial no atinente à dicotomia *público-privado*.

É por isso que se afirma que uma das mais intensas transformações decorrentes da travessia do Estado de Direito para o Estado Constitucional se refere ao papel e o âmbito do Estado frente à esfera da sociedade, ou dos particulares⁴⁵. O próprio ideário do Estado de Direito tem por precípua finalidade a limitação do poder do Estado frente a uma esfera de intangibilidade dos sujeitos privados⁴⁶. Em outras palavras, a submissão do soberano à legalidade dizia respeito, em última análise, à limitação de intervenção do poder público sobre a esfera privada, de forma que os dois âmbitos da vida, *público* e *privado*, tinham as suas fronteiras bem definidas⁴⁷.

Na vigência do Estado Constitucional, todavia, as fronteiras entre o público e o privado se tornam mais tênues⁴⁸. Frequentemente, na atualidade, fala-se a

⁴⁴ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Trad. de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1975. p. 218.

⁴⁵ Como adiante será demonstrado, trata-se da tradicional dicotomia público versus privado, cujos limites são objeto de discussão desde as sociedades clássicas, como Roma.

⁴⁶ Nesse passo é que se afirma que “(...) em meados do século XIX, atribui-se ao Estado a missão de buscar a igualdade entre os cidadãos; para atingir essa finalidade, o Estado deve intervir na ordem econômica e social para ajudar os menos favorecidos; a preocupação maior desloca-se da liberdade para a igualdade”. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **A Defesa do Cidadão e da Res Publica**. In: Revista do Serviço Público. Fundação Escola Nacional de Administração Pública. Ano 49, nº 2. (Abr./jun./1998) Brasília: ENAP, 1998. p. 127.

⁴⁷ Tais conceitos, inclusive, eram considerados conceitos a priori à própria ordem jurídica. Esta a posição de Gustavo Radbruch, consoante se depreende do seguinte trecho: “Os conceitos de direito público e direito privado não são conceitos de direito positivo que possam ser ou deixar de ser utilizados por qualquer ordem jurídica ou sistema jurídico positivo. Antecedem, por força de uma necessidade lógica, toda e qualquer experiência das coisas do direito e condicionam-na. São conceitos jurídicos a priori”. In: RADBRUCH, Gustavo. **Filosofia do Direito**. Trad. de L. Cabral de Moncada. 6ª ed., Coimbra: Armênio Amado. p. 251.

⁴⁸ Eis a contribuição de Michele Giorgianni, para quem, sobre as atuais fronteiras entre o público e privado, estabelece: “A nova feição é perfeitamente adequada à função assumida pelo Direito Privado na sociedade atual que com as incertezas que acompanham a ‘crise’ da summa divisio do direito. Assiste-se, assim, ao lento declínio de uma concepção, própria da publicística do final do século XIX, da supremacia do Direito Público sobre o Direito Privado, a qual cede a insistentes e menos tímidas as tentativas de reavaliação da autonomia privada”. In: GIORGIANNI, Michele. **O Direito Privado e as suas Atuais Fronteiras**. In: Revista dos Tribunais. Ano 87. v. 747. Janeiro de 1998. São Paulo: RT, 1998. p. 55.

respeito dos fenômenos de *privatização* do público e, de outro lado, da *publicização* do privado. Excepcionando as distorções⁴⁹ - no Brasil sempre presentes, como a *patrimonialização* excessiva e a apropriação privada do Estado - os fenômenos acima descritos, a rigor, representam a aplicação dos princípios constitucionais a todos os âmbitos de *normatividade* da Constituição, que induz determinados institutos de direito público a serem aplicados ao direito privado e, simetricamente, propicia que institutos de direito privado sejam utilizados no âmbito do direito público⁵⁰.

Para Rogério Gesta Leal, a lógica que anima a separação entre as duas esferas apresenta seu esgotamento na contemporaneidade, haja vista que elas caminham para a integração e não para a divisão, “até porque fica claro que o que caracteriza uma esfera e outra é o mesmo fenômeno: as relações políticas e sociais contemporâneas, notabilizadas pela suas multifacetadas dimensões, conectadas com o mundo todo, a despeito de suas especificidades”.⁵¹

Sob esse raciocínio, que se subscreve integralmente, poder-se-ia argumentar que o fenômeno em tela, por conseguinte, não se trata nem da *publicização* de um, nem da *privatização* de outro, mas da própria *Constitucionalização* de ambos⁵². De onde pode resultar uma coerente diluição do

⁴⁹ De acordo com Daniel Sarmento, “o pensamento jurídico brasileiro é marcadamente positivista e comprometido com a defesa de um sistema de direitos voltado para a garantia da autonomia privada dos cidadãos. Inclusive pelos publicistas, que apresentam uma defesa muito maior dos direitos civis e políticos do que dos direitos econômicos e sociais, exatamente porque defendem uma concepção menos participativa do que representativa da democracia”. In: SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional**. In: SARMENTO, Daniel (org). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse público**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 28.

⁵⁰ Trabalho de destaque na doutrina que revela a complementaridade entre os dois âmbitos da vida é o organizado por Ingo Wolfgang Sarlet, sob o título: **A Constituição Concretizada. Construindo Pontes entre o Público e o Privado**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2000.

⁵¹ LEAL, Rogério Gesta. **Apresentação: E que venham os Direitos Sociais e as Políticas públicas**. In: Direitos Sociais & Políticas públicas. Desafios Contemporâneos. Rogério Gesta Leal (Org.) Tomo III. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003. p. VI.

⁵² Argumenta Juarez Freitas que a clássica dicotomia “(...) não apresenta maior consistência em face da superação de abordagens unilaterais e em virtude da compreensão de que o sistema jurídico é um só, compreensão facilitada, sobremaneira, pelo fenômeno da

rigor da dualidade *direito público-direito privado*, produzindo esferas de confluência e fazendo com que a distinção, na atualidade, não se apresente como o único e último critério para a solução de conflitos entre o Estado e os particulares⁵³.

Nessa toada, uma das alterações mais profundas situada no ordenamento jurídico do Estado de Direito, em analogia ao modelo do Estado Constitucional, diz respeito à forma de interpretação da norma jurídica e da sua posição frente aos particulares e em face da Administração Pública⁵⁴. Sob a vigência do modelo tradicional do Estado de Direito, a lei era aplicada à Administração Pública e aos particulares na forma do binômio: *proibição* e *permissão*, que se sintetiza na seguinte definição: “Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’, para o administrador significa ‘deve fazer assim’.”⁵⁵

Já no âmbito do Estado Constitucional, é possível se sustentar que essa regra binominal *proibição versus permissão* encontra-se *erosionada* em ambos os sentidos⁵⁶. Tanto a Administração Pública, muitas vezes, precisa atuar sem prévia determinação legal, quanto os particulares não detêm mais a liberdade de outrora. A eles, sujeitos privados, são impostas múltiplas regras que atuam como limitações à sua autonomia⁵⁷.

Em última instância, contudo, o que caracteriza efetivamente a

Constitucionalização do Direito”. In: FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2002. p.225.

⁵³ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 50.

⁵⁴ ZAGREBLESKY, Gustavo. *Op. cit.*, p. 22.

⁵⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32^a ed., São Paulo: Malheiros, 2006. p. 88.

⁵⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. cit.*, p. 34.

⁵⁷ Um exemplo disse é a função social da posse e da propriedade, esta última prevista no artigo 184 e seguintes da Constituição Federal de 1988. Sobre o tema, por todos, FACHIN, Luiz Edson. **A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea**. (Uma Perspectiva da Usucapião Imobiliária Rural) Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

Constituição do Estado Constitucional em face da Carta Magna de um Estado de Direito, é a inclusão de valores e princípios no âmbito do texto Constitucional⁵⁸, essencialmente no que tange à *dignidade da pessoa humana*⁵⁹ e aos Direitos Fundamentais, assim como o estabelecimento de metas e diretrizes⁶⁰ a que o Estado deve, em primeiro plano, buscar, com o escopo de concretizar e de proteger os direitos e valores antes mencionados.

A presença de uma espécie de *dirigismo Constitucional*⁶¹, ainda que correntemente, por alguns, parcialmente refutada⁶², é um fenómeno não que não se observa no âmbito normativo de uma Constituição característica e moldada sob os valores do Estado de Direito, também rotulado como liberal clássico⁶³.

⁵⁸ A inserção de valores no texto Constitucional opõe dois modelos de Constituição: o modelo da Constituição liberal e o modelo da Constituição programática. In: PIRES, Francisco Lucas. **O Problema da Constituição. A Transição Dualista**. Lisboa, 1989.

⁵⁹ A Dignidade Humana, na Constituição Federal de 1988, foi elevada à condição de fundamento da República Federativa Brasileira, consoante se depreende do artigo 1, inciso III, da CF/88.

⁶⁰ A título de exemplo, já no artigo 3 da Constituição, o legislador constituinte enumerou como objetivos da República Federativa Brasileira: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁶¹ O ideário do dirigismo Constitucional, como adiante será esmiuçado, contempla os textos constitucionais “carregados de programaticidade – desde a velha Constituição mexicana de 1918, até à Constituição brasileira de 1988, passando pela magna carta portuguesa de 1976”. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. 2ª ed., Coimbra, 2001. p. VIII.

⁶² Alguns autores, apoiando-se em uma leitura parcial do prefácio levado a efeito por José Joaquim Gomes Canotilho por ocasião da segunda edição da sua obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, passaram a advogar, em pretensa consonância com o pensamento do professor portuguesa, a morte das Constituições Dirigentes. Tal entendimento, porém, não encontra substrato no pensamento do próprio Professor Canotilho, que entende terem morrido tão-só as fórmulas pretensamente emancipatórias alocadas nas Constituições dirigentes, tal como as removidas pelo “legislador de revisão” da Constituição portuguesa de 1976, como a “transição para o socialismo”; o “exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras”; o desenvolvimento pacífico do processo revolucionário”, dentre outras. Para o Professor Canotilho, por conseguinte, “a Constituição dirigente está morta se o dirigismo Constitucional for entendido como normativismo Constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias”. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Id.* p. XXIX. Explicitando o pensamento atual do professor de Coimbra acerca do dirigismo Constitucional, a obra **Canotilho e a Constituição Dirigente**, organizada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho é extremamente enriquecedora. Cf. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁶³ Sobre a idéia de Estado Liberal e a idéia de impossibilidade de ser o Estado o agente definidor dos ideais de vida ou das concepções de bem da sociedade, argumenta criticamente Bruce Ackerman que “las ideas políticas son quizá las ideas com las que se identifica al liberalismo

O estabelecimento de metas, diretrizes ou princípios vinculados abertamente a valores e a opções políticas gerais por meio das espécies jurídico-normativas⁶⁴, como explicitado por Ronald Dworkin, com vistas à redução das desigualdades sociais e o estabelecimento de políticas específicas⁶⁵, como a prestação de serviços de educação e saúde, por exemplo, com o escopo de que esses elementos conformem um consenso social mínimo a ser seguido pelas maiorias⁶⁶, é característico de um paradigma de Constituição não existente no

com más frecuencia. Entre ellas, la que mejor condensa todo el ideário liberal es la afirmación de que el gobierno deve ser limitado em el sentido de que la única forma em que las instituciones políticas de una sociedade pueden ser justificadas es si son lo suficientemente permisivas como para todos puedan vivis sus vidas por si mismos. De acuerdo com el liberalismo, el Estado, bajo ninguna circunstancia, debe privar a los ciudadanos de la posibilidad de llevar adelante los planes de vida que ellos consideren más gratificantes, pues, si lo hiciese, interferiria em um are em la que lê está vedado interferir". In: ACKERMAN, Bruce. **La Justicia Social en el Estado Liberal**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 11-12.

⁶⁴ Para Ronald Dworkin, as normas constitucionais são o gênero das espécies normativas regras, princípios e políticas (policies). Argumenta o autor que, com certa frequência, o termo princípio é utilizado de modo genérico, isto é, projetado de maneira negativa, representando todo o conjunto de padrões normativos que não são regras. Há que, todavia, já de início, delinear uma distinção mais apurada entre princípios e políticas. Sustenta Ronald Dworkin que política é aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade. (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum Estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Já princípio pode ser tipo como um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência da justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que o IDH deve ser majorado é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio. A distinção se torna problemática, entretanto, se tomarmos um princípio como expressão de um objetivo social (é objetivo de uma sociedade que nenhum homem se beneficie de seus próprio delito), ou interpretarmos uma política como resultado de um princípio, ou seja, o princípio de que o objetivo que a contém é meritório. Nessa linha de raciocínio, para Ronald Dworkin, os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual, ao passo que os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

⁶⁵ Sobre políticas públicas específicas determinadas pela Constituição, alude José Joaquim Gomes Canotilho que os "(...) direitos sociais (direito à saúde, educação e habitação) impõem uma política de solidariedade social. Os direitos sociais realizam-se através de políticas públicas ("política de segurança social", "política de saúde", "política de ensino") orientados segundo o princípio básico e estruturaste da solidariedade social. Designa-se, por isso, **política de solidariedade social** o conjunto de dinâmicas político-sociais através das quais a comunidade política (Estado, organizações sociais, instituições particulares de solidariedade social e, agora, a Comunidade Européia) gera, cria e implementa proteções institucionalizadas no âmbito econômico, social e cultural como, por exemplo, o sistema de segurança social, o sistema de pensões de velhice e invalidez, o sistema de creches e jardins-de-infância, o sistema de apoio à terceira idade, o sistema de protecção da juventude, o sistema de protecção de deficientes e incapacitados". In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional...** p. 511-512.

⁶⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 85.

âmbito do Estado de Direito.

Esse *consenso* mínimo, representado pelos elementos normativos que recebem um *status* hierárquico diferenciado no ordenamento jurídico, como os Direitos Fundamentais, passam a estar fora da discricionariedade da política ordinária, de modo que qualquer grupo político que assuma o poder, deve a eles estar diretamente vinculados⁶⁷.

Esses direitos, representantes desse consenso social mínimo e detentores de posição privilegiada na Constituição, passam a ser o escopo da atividade administrativa estatal, o que demonstra mais uma diferença em relação ao Estado de Direito, o qual tinha por finalidade a busca da realização de finalidades que se subsumiam à estrita noção de *interesse público*⁶⁸.

Na contemporaneidade, tempo de vigência do Estado Constitucional, há a consagração das mais variadas concepções de *bem comum*, derivadas do pluralismo político, cultural, econômico e social em que se inserem as sociedades, tornando-se cada vez mais inviável a eleição de um único *interesse público* a ser perseguido pelo Estado - que deve buscar, senão a integral realização dos interesses da sociedade em que está inserido, ao menos a proteção desses interesses - como pretendiam os teóricos do Estado de Direito como Rousseau⁶⁹ e Montesquieu.

Na impossibilidade fática de se buscar concretizar um único *interesse*

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 364.

⁶⁸ O interesse público tomado aqui como uma noção abrangente que englobaria os interesses de todos os indivíduos e da sociedade como um todo. Como se demonstrará adiante, mais especialmente no capítulo III, no contexto das sociedades contemporâneas, marcado por um profundo pluralismo, torna-se cada vez mais difícil a tarefa de se eleger um interesse público dessa espécie, correspondente ao interesses de todos e ao bem comum.

⁶⁹ Sobre a vontade geral que contempla os interesses individuais e deve ser salvaguardada pelo Estado, manifesta-se Rousseau: “Ela é sempre constante, inalterável e pura, mas está subordinada a outras que a sobrepõem. Cada qual desvinculando seu interesse do interesse comum, vê que não pode separá-los por inteiro, porém sua parte do mal público parece-lhe insignificante quando comparado ao bem exclusivo que pretende apropriar-se”. In: ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**. Trad. de Antonio de Padua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1989. p. 124. Na mesma linha, explicitando esse entendimento de Rousseau sobre a vontade geral, Cf. LEAL, Rogério Gesta. **Teoria do Estado: Cidadania e Poder Político na Modernidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2001. p. 85 – 120.

público pleno, torna-se inviável sustentar-se a sua supremacia, como era o corolário do Estado de Direito. No Estado Constitucional, por conseguinte, há a necessidade de se buscar uma nova fonte de legitimação para todo o aparato administrativo estatal⁷⁰.

Por essa razão, a supremacia passa a ser não mais do *interesse público* unitário, de origem formal⁷¹, mas dos valores e Direitos Fundamentais, os quais, por integrarem um consenso social mínimo - ainda que apenas formalmente na Constituição – representam, *grosso modo*, um *interesse público*, no sentido substancial de que haveria o interesse geral social de observância universal desse interesse⁷², que pode ser representado pela salvaguarda irrestrita desses direitos intangíveis, pois constitucionalmente assegurados⁷³.

A inserção desses Direitos Fundamentais em posição privilegiada na esfera das Constituições, é fruto dos vários *compromissos sociais* do Poder Constituinte que, invariavelmente, apresentam-se de forma antagônica. Essa é uma das razões pelas quais a Carta Magna assegura direitos opostos e conflituosos, como a proteção do meio ambiente e o direito ao desenvolvimento, dentre outros. Esses compromissos divergentes promovem a ocorrência de conflitos, tanto específicos, quanto gerais no âmbito do próprio sistema

⁷⁰ As crises de legitimação do capitalismo, sendo este modelo regulado pelo Estado levam à crise do próprio Estado, que deve buscar novos meios de legitimar-se. Cf. HABERMAS, Jürgen. **A Crise de Legitimação do Capitalismo Tardio**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

⁷¹ Em vista da superação de uma perspectiva unitária do interesse público, manifesta-se Jaime Rodríguez-Arana que “frente a la perspectiva cerrada de un interés general que es objeto de conocimiento, y casi del dominio de la burocracia llegamos, por aplicación del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, a outra manera distinta de acercarse a lo común, a lo público, a lo general, em la que se parte do presupuesto de que siendo las instituciones públicas de la ciudadanía, los asuntos públicos deben gestionarse teniendo presente em cada momento la vitalidad de la realidad que emerge de las aportaciones ciudadanas”. In: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. **La Vuelta al Derecho Administrativo (a vueltas com lo Privado y lo Público)**. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 5, nº 20, abr/jun. 2005. p.15.

⁷² Nessa perspectiva, tem-se a percepção de que haveria um interesse público de salvaguarda desse próprio interesse público, consistente na proteção e realização dos valores e Direitos Fundamentais.

⁷³ Os Direitos Fundamentais, na Constituição de 1988, assim como quase em todas as Constituições promulgadas após a segunda metade do século XX, apresentam a chamada cláusula de eternidade, que corresponde à impossibilidade de redução ou mesmo de exclusão desses direitos, consoante dispõe o art. 60 da CF/88.

Constitucional. Os conflitos específicos são os decorrentes dos compromissos sociais contraditórios da Constituição e são resolvidos na aplicação concreta da Constituição, tanto pelo Judiciário, quanto pela Administração Pública⁷⁴ por meio de interpretação⁷⁵, com a utilização de técnicas específicas⁷⁶, como a ponderação de interesses, de direitos e por intermédio da priorização de objetivos.

Já os conflitos gerais dizem respeito ao próprio papel da Constituição (e, por conseguinte, do Estado Constitucional) nas sociedades contemporâneas. Sobre isso, atualmente, há duas posições teóricas distintas. A primeira sustenta que é dever da Constituição impor ao cenário político-social um conjunto de decisões valorativas⁷⁷ que seriam, em tese, tidas como consensuais, sendo essa posição denominada, por essa razão, de *Substancialismo*.⁷⁸

Consoante essa corrente doutrinária, que tem em John Rawls⁷⁹ seu principal representante, as decisões valorativas impostas pela Constituição basear-se-iam na noção de “razão pública”, que abrangeria os princípios substantivos de justiça, que seriam aplicados em um ambiente democrático.⁸⁰

⁷⁴ A ação administrativa é geralmente entendida como o produto de um processo de arbitragem entre interesses sociais. A Administração é objeto de solicitações contraditórias provenientes dos diversos grupos sociais que estão em Estado de competição permanente: cada um deles busca obter a preservação e a realização dos seus interesses essenciais. Sobre isso: In: CHEVALLIER, Jacques. **Le concept d'intérêt en science administrative**. In: GÉRARD, Philippe. OST, François et KERCHOVE, Michel van de. **Droit et Intérêt**. Vol. 1: Approche interdisciplinaire. Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990. p. 158.

⁷⁵ Não apenas os juízes e os administradores públicos são os intérpretes da Constituição. Peter Häberle propugna pela adoção de uma hermenêutica Constitucional adequada à sociedade pluralista ou à (que ele denomina de) sociedade aberta, sob o principal fundamento de que todo aquele que vive a Constituição é seu legítimo intérprete. In: HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 192 e seguintes.

⁷⁷ Jürgen Habermas critica essa posição, haja vista que, para ele, “Ao deixar-se conduzir pela idéia de realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito Constitucional, o tribunal Constitucional transforma-se numa instância autoritária”. In: HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 321.

⁷⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 88.

⁷⁹ Cf. RAWLS, John. **Uma Teoria de Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁸⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: Um**

Por sua vez, a segunda, denominada como *Procedimentalismo*, sustenta que cabe à Constituição apenas garantir o funcionamento adequado do sistema de participação democrático, permanecendo a cargo da maioria, a cada momento histórico, a definição dos seus valores sociais e das suas opções políticas. Segundo esse entendimento, em um sentido amplo, nenhuma geração poderia impor à seguinte suas próprias *convicções axiológicas*, uma vez que, sob a ótica procedimental, a deliberação democrática deve estar aberta quanto aos seus resultados, de modo que “a maioria só está impedida de tomar decisões que impliquem a corrosão das condições procedimentais da própria democracia, as quais foram historicamente sintetizadas pelo Estado democrático de direito”.⁸¹

Ainda que distintas, essas duas vertentes não opõem entre si duas idéias absolutamente antagônicas. Ao contrário, as concepções *procedimentalistas* reconhecem, para adequado funcionamento do sistema de deliberação democrática, a observância de determinadas condições materiais de maneira *sine qua non*. A observância dessas condições materiais essenciais se faz necessária porque não há como ocorrer uma deliberação democrática se os partícipes desse processo deliberativo não tiverem observados um patamar mínimo de direitos e a sua dignidade respeitada.⁸²

Por conseguinte, as duas vertentes têm perspectivas similares sobre os Direitos Fundamentais. Para as duas posições, esses direitos conformam um consenso mínimo que se contrapõe a qualquer grupo político, seja porque constituem elementos valorativos essenciais, para os *substancialistas*, seja porque descrevem exigências indispensáveis para o funcionamento de um procedimento de deliberação democrática, como entendem os adeptos do

estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 70.

⁸¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Id.* p. 88.

⁸² BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p.88.

*procedimentalismo*⁸³.

Afora essa questão sobre o papel da Constituição na contemporaneidade, é irrefutável o fato de que hoje ela se apresenta como norma jurídica que a todos vincula⁸⁴. À Administração Pública, como um dos poderes públicos constituídos, cabe o papel de dar efetividade material aos comandos gerais contidos nas normas jurídicas, especialmente na Constituição.

Para que a Administração realize os comandos normativos contidos na Constituição, especialmente os Direitos Fundamentais *sociais* ou *prestacionais*, é preciso que o faça por meio de programas e ações específicas, os quais, exatamente por serem dirigidos à realização desses direitos de forma convergente e adequada, podem ser denominados de *Políticas públicas*⁸⁵, cujo exame, mais detalhado, será realizado na segunda parte do trabalho.

Nessa primeira parte, porém, buscar-se-á analisar os elementos que, ao conformarem a travessia do Estado de Direito ao Estado Constitucional, acabam por dar substrato jurídico e buscar impingir efetividade às *políticas públicas* na atualidade,⁸⁶ as quais também, ao lado disso, representam a transformação da forma de agir do Estado, que deixa de ser monolítica e passa a interagir com a sociedade civil, à luz da Constituição que molda o Estado Constitucional.

Dar-se-á início, agora, ao exame teórico dessa travessia, vinda do *Moderno* em direção ao *Contemporâneo*, por meio da análise das alterações por

⁸³ BARCELLOS, Ana Paula de. *Id.* p. 89.

⁸⁴ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública. O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade.** Coimbra: Almedina, 2003. p. 733 e seguintes.

⁸⁵ Para Fábio Konder Comparato as políticas públicas podem ser compreendidas como um “conjunto de normas e atos, é unificada pela sua finalidade. Os atos, decisões ou normas que a compõe, tomados isoladamente, são de natureza heterogênea e submete-se a um regime jurídico que lhe é próprio.” In: COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre...**, p. 353.

⁸⁶ O instrumental jurídico acerca das políticas públicas é fundamental, inclusive, para a avaliação política da efetividade das políticas públicas. Nesse mesmo sentido, “a avaliação política da política tem seu foco de análise no desenho de uma dada política ou programa, considerando-se tanto a proposta da política em si como o arcabouço institucional que deverá dar suporte seu desenvolvimento”. In: SILVA, José Ribamar Sá; BARROS, Valdira. **Avaliação de Políticas e Programas Sociais: um destaque ao sentido das variáveis contextuais.** In: Revista de Políticas públicas. Universidade Federal do Maranhão: Programa de Pós-graduação em Políticas públicas. v.8, n. 2. jul/dez 2004. p. 145.

ela provocadas, na estrutura e nos valores do Direito e da Teoria do Estado, demonstrando que a realidade pode surpreender a teoria e à frente dela se pôr.

O estudo de uma realidade surpreendente, porém, é muito mais instigante à reflexão. Vamos a ela, portanto.

CAPÍTULO I

TRANSFORMAÇÕES E DESAFIOS DO PAPEL DO ESTADO CONSTITUCIONAL FRENTE ÀS RELAÇÕES PRIVADAS.

O Estado Constitucional aqui referido foi conquistado no combate contra uma história marcada pela ausência do Estado de Direito e pela falta de democracia; e esse combate continua.⁸⁷

A análise das transformações ocorridas na travessia entre o Estado de Direito e o Estado Constitucional não pode prescindir de prévia análise acerca da posição estatal em face da sociedade civil. Esse é, portanto, o objetivo traçado para esse capítulo.

Com o escopo de examinar essa temática é que, no início desse capítulo, tenta-se articular um raciocínio segundo o qual a travessia entre o Estado de Direito e o Estado Constitucional representa um momento social *paradigmático*,

⁸⁷ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 87.

transaccional, em que o novo modelo tido como Constitucional ainda não se instalou por completo e o antigo ainda permanece, de certa forma, vigente⁸⁸.

E isso pode ser visualizado sob diversos ângulos, tanto é que Ernildo Stein, sob uma perspectiva filosófica, analisando o atual estágio de desenvolvimento social e das instituições, em especial do Estado, tido como pós-moderno, afirma que “nós somos seres do não mais e do ainda não”.⁸⁹

Nessa linha, de alusão a uma crise *paradigmática*, visualizada a partir de um ângulo social, primeiramente, é possível se acenar sobre a existência de novas demandas internas e pressões externas às quais o velho Estado de Direito, burocrático e legalista⁹⁰, não dá mais conta e o novo Estado Constitucional, voltado à concretização dos valores Constitucionais e à realização plena dos Direitos Fundamentais, não conseguiu deixar de ser, ainda, um projeto⁹¹. A realidade social brasileira é farta na revelação de exemplos de como o Estado

⁸⁸ Ainda que voltado ao exame da transição paradigmática entre a Modernidade e a pós-Modernidade – que, parcialmente, acaba por circunscrever a ruptura acima indicada entre o Estado de Direito e o Estado Constitucional, faz-se importante a citação de Boaventura de Sousa Santos sobre a repercussão social no âmbito de uma crise paradigmática. Nesses momentos de transição de paradigmas sociais, afirma o professor de Coimbra que: “Há uma desassossego no ar. Temos a sensação de estar na orla do tempo, entre um presente quase a terminar e um futuro que ainda não nasceu. O desassossego resulta de uma experiência paradoxal: a vivência simultânea de excessos de determinismo e de excessos de indeterminismo. Os primeiros *res/Idem* na aceleração da rotina. As continuidades acumulam-se, a repetição acelera-se. A vivência da vertigem coexiste com a de bloqueamento. A vertigem da aceleração é também uma estagnação vertiginosa. Os excessos do determinismo *res/Idem* na desestabilização das expectativas. A eventualidade das catástrofes pessoais e coletivas parece cada vez mais provável. A ocorrência de rupturas e de descontinuidades na vida e nos projetos de vida é o correlato da experiência de acumulação de riscos inseguráveis. A coexistência destes excessos confere ao nosso tempo um perfil especial, o tempo caótico onde ordem e desordem se misturam em combinações turbulentas. Os dois excessos suscitam polarizações extremas que, paradoxalmente, se tocam. As rupturas e as descontinuidades, de tão freqüentes, torna-se rotina e a rotina, por sua vez, torna-se catastrófica”. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente. Contra o Desperdício da Experiência**. São Paulo: Cortez Editora, 2001. p. 41.

⁸⁹ STEIN, Ernildo. **Epistemologia e Crítica da Modernidade**. 3ª ed., Ijuí: Unijuí, 2001. p. 31.

⁹⁰Sem embargo dessa perspectiva dominante sobre o Estado de Direito, não se pode deixar de citar a posição de Jorge Reis Novais, para quem o Estado de Direito tem caracterização semelhante ao Estado Constitucional referido neste trabalho, porquanto, segundo ele “parece-nos possível isolar, como componente essencial e determinante do conceito, o núcleo constituído pela liberdade e Direitos Fundamentais do cidadão”. In: NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, p. 16.

⁹¹ BARROSO, Luis Roberto. **O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse público**. In: SARMENTO, Daniel (org). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse público**. p xviii.

Constitucional ainda permanece como um projeto: em todas as regiões metropolitanas do país é saliente a existência de áreas em que há absoluta miséria, sem se mencionar as localidades afastadas em que não se tem notícia nem do exercício dos direitos liberais clássicos, consagrados pelo Estado de Direito.

Ao lado disso, sob uma perspectiva estrutural, por sua vez, é possível se referir a uma certa crise dos pilares da conformação jurídica estatal. É claro que, ao se falar em crise dos alicerces jurídicos do Estado, não se pode descurar do fato de que as crises são um próprio fator de tensão que constitui o Estado, enquanto instituição política que nasce na Modernidade e que se desenvolve no ambiente social e econômico burguês-capitalista⁹².

Essas crises, tensões e conflitos que envolvem o Estado, na história, têm sido a regra, não a exceção. Entretanto, desde o início da Modernidade, provavelmente, os pilares estruturais da formação política estatal não se viram questionados de maneira tão intensa e radical como tem ocorrido desde as últimas décadas do século XX, em que as noções de soberania, de representação política, de legitimidade, de contrato social, de tripartição dos poderes e até mesmo de democracia não podem mais serem lidas e interpretadas como se fazia até algumas décadas atrás.⁹³

Sob outro vértice da questão, é possível se afirmar que, na contemporaneidade, tem-se a impressão de que os tradicionais mecanismos teóricos de análise da realidade política em geral e do Estado em particular, precisariam, ao menos, de uma releitura.

E isso porque, embora a tradição dos instrumentos de exame teórico do Estado composta pelos autores contratualistas⁹⁴ em um primeiro momento, pelos

⁹² FONSECA, Ricardo Marcelo. Introdução. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.) **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004. p. 07.

⁹³ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Idem, Ibid.*

⁹⁴ HOBBS, Thomas. **O Leviathã**. São Paulo: Abril Cultural; 1988. LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**; Rousseau, Jean Jacques. *Op. cit.*, E MONTESQUIEU. **O**

de inspiração marxista⁹⁵ de um lado e pelos liberais⁹⁶, de outro, tenha sido fundamental para a compreensão do fenômeno político-estatal em certos momentos históricos, a sua leitura, hoje, pressupõe novos exames ao lume dos novos tempos e das atuais rupturas sociais, econômicas, políticas e culturais que fizeram com que as instituições constituídas historicamente ao longo da Modernidade, tivessem seus pilares de Constituição jurídica, quando menos, abalados⁹⁷.

O estudo, porém, dos caracteres que dão forma ao Estado Constitucional à luz dos novos tempos e dos atuais tremores não significa o abandono dos elementos que alicerçaram o arcabouço do Estado de Direito, moldado a partir dos baldrames delineados na Modernidade. Ao contrário, o exame desses elementos é de capital importância justamente porque são eles que promoveram a formação da tradicional estrutura axiológica do Direito e da Teoria Moderna do Estado, como acima se demonstrou, e do próprio Direito Administrativo, que, em última *ratio*, dela deriva.

Em geral, a partir do que foi sustentado pelos autores contratualistas antes apontados, as matrizes do Estado de Direito e do Direito Administrativo, projetadas a partir do quadro político institucional do século XIX, tinham por principal objetivo a limitação do Poder do Estado em face da sociedade, ou seja, a ausência de intervenção estatal nos assuntos privados. Essa finalidade instrumental atribuída aos aparatos estatais tinha por substrato axiológico a idéia liberal de um certo primado do privado sob o público, o qual, como esfera residual ao privado, tinha por função exclusiva garantir a intangibilidade do âmbito privado,

Espírito das Leis.

⁹⁵ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **O Manifesto Comunista**. 8. ed., São Paulo: Paz e Terra, 2002; GRAMSCI, Antonio. **Maquiavel, a Política e o Estado Moderno**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1987 e POULANTZAS. Nicos. **As Classes Sociais no Capitalismo de Hoje**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editores, 1987.

⁹⁶ RAWLS, John. *Op cit.*; NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1974.

⁹⁷ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Op. cit.*, p. 07.

que era reduzido à propriedade ou, formalmente, à possibilidade de apropriação de bens⁹⁸.

Contudo, com o advento do que, após o primeiro quarto do século XX, foi denominado de Estado Social, as fronteiras da dicotomia público *versus* privado foram gradativamente se esmaecendo, porquanto, de um lado, ampliou-se sobremaneira a intervenção direta do Estado na esfera privada - mais especificamente, na economia - e, de outro, houve uma ampliação da intervenção legislativa nas relações entre os particulares, com o escopo de, visando à tutela das situações jurídicas em que a igualdade formal não se apresentava de modo suficiente para atender às demandas sociais, busca-se promover a igualdade substancial entre os indivíduos⁹⁹.

É nesse quadro social, cujo marco temporal é coincidente nos países de desenvolvimento tardio como o Brasil apenas após o término da Segunda Guerra Mundial, que se afirma que a ação de governo do Estado passou a não ser mais apenas a gerência de fatos conjunturais, mas também e, sobretudo, o planejamento do futuro, com o estabelecimento de políticas de médio e longo prazo. Tornou-se corrente afirmar que, com o Estado Social, o *government by*

⁹⁸ Argumenta Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk que na Modernidade, “evidenciam-se, pois, claramente, duas espacialidades bem de finidades: de um lado, o amplo lugar de liberdade individual, conservado do Estado de natureza, regido pelas leis naturais e de outro, residualmente, o espaço do Estado, que tem como principal finalidade a de assegurar a plenitude dessa liberdade natural, fazendo valerem as leis e evitando o Estado de guerra. Portanto, se o Estado intervier no espaço reservado ao indivíduo, estará contrariando a própria razão de sua existência. Seus limites são, pois, bem definidos e se colocam na exterioridade do espaço de liberdade individual. Situa-se, aí, o gérmen do pensamento fundante do Estado liberal, ao identificar duas esferas bem delineadas: a do indivíduo, como um amplo e intangível espaço de liberdade, e a do Estado, restrito à necessidade assecuratória daquelas mesmas liberdades. Daí a origem da racionalidade que informa a dicotomia entre público e privado, que se coloca na Modernidade. Não parece temerário dizer, nessa esteira, que o Estado para Locke existe em uma dimensão residual em relação ao privado. O Estado existe em função do privado, como elemento assecuratório das liberdades do indivíduo, centradas na idéia de propriedade como direito natural por excelência”. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Locke e a Formação da Racionalidade do Estado Moderno: o Individualismo Proprietário entre o Público e o Privado**. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. Introdução. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.) **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004. p. 70.

⁹⁹ Sob esse prisma, pode-se referir à Constitucionalização do Direito Civil, que representou, nas palavras de Luiz Edson Fachin, uma verdadeira virada de Copérnico, colocando a pessoa no centro do sistema jurídico.

polícies (políticas) deveria ir além do mero *government by law* (leis) do liberalismo¹⁰⁰. Por conseguinte, as formas clássicas da Teoria do Estado e do Direito Administrativo, moldadas à luz dos valores político-institucionais do século XIX, se tornaram insuficientes para as necessidades prestacionais¹⁰¹ do Estado Social, cujos caracteres relativos à implementação positiva de certas condições materiais essenciais à manutenção de uma vida digna são mantidos, ainda que questionados sob diversas frentes, pelo Estado contemporâneo, de índole e adjetivado como Constitucional.

O estabelecimento das *políticas públicas* como mecanismos estruturais de metas e diretrizes a serem seguidas e realizadas por meio da atividade estatal passa a ser um dos elementos centrais de transformação entre o paradigma do Estado de Direito e o atual paradigma do Estado Constitucional o qual, por isso, precisa de um novo quadro teórico instrumental para o seu delineamento, o que se buscará promover na primeira parte do trabalho, correspondente ao Título Um, que servirá de base para as análises a respeito das *políticas públicas* levadas a efeito na segunda parte, que corresponde ao Título Dois. Neste momento preliminar do primeiro capítulo, faz-se necessário, porém, o exame dos significados que assume o significante Estado a partir das tarefas que se propõe a realizar e das conseqüências que daí decorrem no ordenamento jurídico.

1.1. O Estado Contemporâneo, entre Substantivos e Adjetivos.

Em *Cem Anos de Solidão*, Gabriel García Márquez descreve que, na cidade fictícia por ele denominada de *Macondo*, o mundo era tão recente que

¹⁰⁰ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 57.

¹⁰¹ BADURA, Peter. *Verwaltungsrecht im liberal und im sozialen Rechtsstaat*. Tübingen, J. C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1966. Apud: BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 60.

muitas coisas careciam de nome e, por isso, para serem referidas, era necessário que fossem apontadas, pelos habitantes, com o dedo¹⁰².

No panorama atual, porém, poucas são as coisas que ainda carecem de denominação. Ao contrário, quase todas as coisas detêm não apenas um, mas uma pluralidade de nomes e de significados, sendo desnecessário e até mesmo impróprio apontá-las com o dedo para identificá-las. Além disso, hoje, a cada coisa a que se atribui um nome, pode ser cominada uma pluralidade de adjetivos. Com o significante Estado isso se apresenta de forma ainda mais evidente. Basta um breve exame sobre a ampla literatura jurídica, política e econômica relacionada ao Estado para verificarmos que “o Estado não está só”¹⁰³. Tem sempre o acompanhamento de adjetivos. Isso revela que a cada momento histórico a sua denominação é re-significada e, a cada novo sentido, ao Estado são infligidos novos adjetivos.

Com o propósito de mencionar apenas os mais freqüentemente enfatizados, tem-se o Estado Subsidiário, o Estado Sobrecarregado, o Estado dispensador de recursos, o Estado ativo, o Estado econômico, o Estado-arena, o Estado desobediente, o Estado aberto, o Estado cooperativo, o Estado protetor, o Estado garantidor, o Estado desfronteirizado, o Estado internacional, o Estado cosmopolítico, o Estado ponderador, o Estado ecológico, o Estado argumento, o Estado Distribuidor, o Estado Assistencial, o Estado Nutriz, o Estado Empresário, o Estado Promocional, o Estado Pós-liberal, o Estado Responsável, o Estado Pluriclasse, o Estado de Associações, dentre muitos outros, cada qual adjetivado com um significante que apresenta não somente um, mas múltiplos significados.

Pela lista acima, vê-se que nem foram ainda sumariados os Estados com os adjetivos tradicionais a ele conferidos, tais como Estado de Direito, o Estado

¹⁰² Cf. Márquez, Gabriel García. **Cem Anos de Solidão**. São Paulo: Record, 1987.

¹⁰³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado Adjectivado e Teoria da Constituição**. In: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Volume 03. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003. p. 456.

Constitucional, o Estado Liberal, o Estado Social, o Estado Providência, o Estado de Bem-estar, o Estado Intervencionista, Estado Socialista, Estado Unitário, Estado Regional, Estado Federal, Estado Republicano, Estado Nação etc. Nota-se, portanto, que a designação do substantivo Estado sem um adjetivo a ele correspondente torna difícil, senão impossível, a sua identificação¹⁰⁴.

A identificação do Estado, pois, como quase todas as instituições na contemporaneidade, não pode ser realizada apenas com uma simples indicação ou um mero apontamento, como fariam os habitantes da fictícia *Macondo* às suas coisas. É imprescindível levar-se em conta, no atinente ao Estado, o momento histórico em que se situa e, sobretudo, os caracteres políticos e jurídicos, sociais e econômicos que o conformam.

Na recente história do fenômeno estatal, cujo desenho institucional advém desde a Modernidade, houve uma constante mutação de alguns dos seus caracteres essenciais. Sustenta-se, nessa linha, inclusive, que o Estado percorreu, desde sempre, uma trajetória pendular¹⁰⁵, cujos movimentos de distensão e de retorno, no século XX, tornaram-se ainda mais evidentes. E isso se deve ao fato de que o Estado, tomado na sua perspectiva de Estado Liberal de Direito, principiou o século qualificado como liberal, com funções restritas à afirmação de direitos políticos e individuais, tendo posteriormente assumido uma grande quantidade de atribuições com vistas à superação das desigualdades sociais, recebendo, por isso, a adjetivação de social. Na passagem para o Século XXI, contudo, auferiu a alcunha de neoliberal, pois teve reduzida a sua

¹⁰⁴ Argumenta José Joaquim Gomes Canotilho que “quando vemos o Estado cercado de adjetivos, talvez se possa dizer o que Carl SCHMITT afirmou acerca da Constituição. Mais ou menos isso: um Estado carecedor de adjetivos indica um claro mal-estar do próprio Estado. Parece não ter substância. Apela a algumas qualidades. É tudo ou nada. É uma fórmula passe-partout. Não tem ADN. Precisa de impressões. Já não é o grito de batalha. É um argumento. De categoria política passa a topos argumentativo. Será assim? Ousemos fazer uma provocação: diz-me o adjetivo do Estado e eu dir-te-ei que Estado tens ou queres”. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Id.* p.456-457.

¹⁰⁵ BARROSO, Luis Roberto. **O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse público.** In: SARMENTO, Daniel (org). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse público.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p x.

intervenção direta na sociedade.

Pode-se circunscrever também esse discurso hegemônico sobre o movimento estatal em três outras fases, cujos sentidos se apresentam similares, entretanto sob signos lingüísticos diferentes: o Estado no início do século XX era pré-moderno (ou liberal), passando a ser moderno (ou social) em meados do século e se tornando pós-moderno (ou neoliberal) nas duas últimas décadas do milênio. A realidade brasileira, entretanto, é diferenciada, porquanto se afirma a existência de um Estado pós-moderno, sem ter possuído um Estado moderno e, sob alguns aspectos, inclusive, um Estado liberal, ou pré-moderno¹⁰⁶.

Contudo, ao que parece, a oscilação prossegue, mantendo-se o Estado como a grande instituição do mundo contemporâneo¹⁰⁷, cujo papel permanece indispensável na realização de prestações positivas e na proteção dos direitos constitucionais frente à atuação abusiva dos particulares detentores de grande poder social.¹⁰⁸

Pelo ensejo de o Estado ter alterado os seus adjetivos a cada momento histórico e a cada mudança da composição das forças sociais hegemônicas, que é possível se argumentar que cada um dos adjetivos conferidos historicamente ao substantivo Estado comporta ao menos uma perspectiva teórica acerca da função, da composição e dos fins a ele colimados¹⁰⁹.

O conjunto e a dialética entre essas posições históricas acerca das finalidades, das formas de arranjo institucional e das atribuições estatais acabam por representar, em última análise, a estrutura de valores sob os quais será

¹⁰⁶ Nesse passo, argumenta Lênio Luiz Streck que “o problema é que no Brasil não houve Estado Social. Se houve, foi só para as elites, para as camadas médio-superiores da sociedade que se apropriaram/aproveitaram de tudo do Estado intervencionista: privatizaram o Estado, dividiram com o capital internacional os monopólios e os oligopólios da economia e construíram empreendimentos imobiliários com o dinheiro do fundo de garantia dos trabalhadores. Isso para dizer o mínimo”. STRECK, Lênio Luiz. Prefácio. In: LEAL, Rogério Gesta. **Teoria do Estado...**, p.09.

¹⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O Estado Contemporâneo...**, p. x.

¹⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Id. Ibid.*

¹⁰⁹ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 79.

conduzida, naquele momento histórico, a vida pública¹¹⁰, assim como delimitam o exercício da autoridade estatal, em especial a administrativa, na busca desses valores.¹¹¹ E é dessa estrutura de valores que irá derivar a formatação das instituições da Administração Pública, bem como a modulação das atividades, serviços e também políticas por ela realizados.

Como a disciplina jurídica da Administração Pública é centrada, a rigor, no âmbito do Direito Administrativo, é evidente que essa rede de valores históricos influencia, sobretudo, na forma de regência da Administração Pública, na composição e no conteúdo dos seus atos decisórios.

Não há, por conseguinte, como se analisar, tanto sob uma ótica teórica quando sob uma lente prática, quaisquer sujeitos, atividades ou instituições da Administração Pública sem prévio exame sobre as concepções e os valores que subjazem o fenômeno estatal na atualidade.¹¹²

Por essa razão é que, neste instante, volta-se o estudo à apreciação de alguns dos elementos axiológicos que informam a travessia do Estado de Direito para o Estado Constitucional, essencialmente no que se refere ao papel do Estado que, da salvaguarda de direitos individuais à época do modelo liberal, passa a proteger e promover direitos sociais e implementar, por meio de programas¹¹³, o desenvolvimento social quando, ao menos teoricamente, torna-se social.¹¹⁴ Esse novo papel tem intensa repercussão teórica no âmbito da

¹¹⁰ “Vida pública” entendida aqui como forma do exercício de direitos e de deveres na coletividade.

¹¹¹ MEDAUAR, Odete. *Id. Ibid.*

¹¹² É necessário, igualmente, tomar-se a organização estatal como fruto do dinamismo das forças político-sociais, de modo que se pode afirmar que “o Estado deve ser entendido como um objeto de estudo dinâmico, não estático, pois, existe apenas enquanto se renova constantemente pela ação humana”. In: BERCOVICI, Gilberto. **A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição**. In: **Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional**. Souza Neto, Cláudio Pereira et alii., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 98.

¹¹³ A idéia de programa aqui pode ser relacionada como a própria noção de políticas públicas, adiante examinada.

¹¹⁴ Ana Prata aduz que “do Estado como entidade necessariamente alheia ao processo de satisfação das necessidades privadas passa-se ao entendimento de que ao Estado devem ser cometidas tarefas de realização do bem-estar dos cidadãos em sectores considerados fundamentais, prioritários, vitais”. In: PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia**

Administração Pública e, por conseguinte, sobre o ramo jurídico que, especificamente, se dedica a lhe dar regência.

Em face disso, necessário se mostra analisar a alteração dos papéis do Estado frente à esfera da sociedade, que pode ser explicitada por meio da clássica clivagem público *versus* privado, cujos contornos gerais abaixo se pretende examinar.

1.2. Entre o Público e o Privado: O papel do Estado e dos Indivíduos na travessia do modelo liberal ao Constitucional.

Na travessia entre o modelo de Estado de Direito - liberal - e o modelo de Estado Constitucional, as atribuições do Estado frente à sociedade, como acima indicadas, passaram por constantes mutações. De um modelo que garantia apenas os direitos individuais tais como a propriedade, a liberdade e a segurança a um modelo que buscava implementar os direitos sociais dos cidadãos, seguido por um retorno ao paradigma (neo) liberal¹¹⁵, todas essas transformações podem ser subsumidas às variantes da dicotomia Público *versus* privado, que opõe também Estado e Sociedade, *interesse público* e *interesse privado* etc.¹¹⁶

Com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social de Direito, há uma ampliação da estrutura estatal, aumentando a interpenetração entre Estado e Sociedade, visto que, “enquanto no liberalismo se defendia a não intervenção do Estado como forma de proteção do cidadão, no Estado Social passou-se a

Privada. Coimbra: Almedina. [S.l.]. p. 38.

¹¹⁵ Argumenta Almiro do Couto e Silva que o retorno ao modelo liberal de Estado pode ser verificado sob diversos ângulos como a “privatização, inclusive da justiça, pela utilização mais freqüente do juízo arbitral, delegação a particulares de incumbências públicas com a revitalização do instituto da concessão, tanto de obras como de serviços públicos; terceirização; parceria entre setor público e setor privado”, dentre outras. In: SILVA, Almiro do Couto. **Os Indivíduos e o Estado na Realização de Tarefas Públicas.** In: Revista de Direito Administrativo. Volume 209 - jul./set.1997. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 43

¹¹⁶ Sociedade de Iguais e Sociedade de Desiguais, Justiça Comutativa e Justiça Distributiva etc. BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 13 e seguintes.

exigir essa intervenção como instrumento de realização da felicidade individual”.¹¹⁷

A interpenetração entre o Estado e a Sociedade nada mais é do que a representação da mobilidade e da oscilação entre o espaço público e a esfera privada, cada qual culturalmente fixados, embora cambiantes ao longo do tempo e conforme o espaço¹¹⁸ a que estão inseridos¹¹⁹.

É costumeira a associação do espaço privado como a circunscrição das vivências humanas experimentadas em âmbito restrito, individual, fora do alcance geral, exatamente por não ser universal ou atinente à sociedade geral. O público, por sua vez, corresponderia ao âmbito dos interesses gerais da coletividade, relacionando-se não apenas a alguém em particular, encerrado em seu microcosmo de relações, mas como cidadão, membro e partícipe da comunidade política¹²⁰.

A delimitação cultural de cada um desses âmbitos da vida humana, pública e privada - que deu origem à clássica *summa divisio*, apartando o Direito em Direito Público e Direito Privado - continua bem arraigada no pensamento jurídico coevo, como se percebe até mesmo pelos currículos das Faculdades de Direito.¹²¹

¹¹⁷ FINGER, Ana Cláudia. **O Público e o Privado na Administração Pública**. In: Cenários do Direito Administrativo: Estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Edgar Guimarães (Coord.) Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 71.

¹¹⁸ Para delimitar semanticamente o sentido de espaço, toma-se aqui o sentido atribuído por Milton Santos, para quem “o espaço significa um conjunto indissociável de objetos e sistemas de ação”. In: SANTOS, Milton. **A Natureza do Espaço: Técnica e Tempo. Razão e Emoção**. São Paulo: Hucitec, 1996. p. 16.

¹¹⁹ Na realidade brasileira, o movimento de interpenetração entre as esferas sempre ocorreu. Em 1972, sustentou Dalmo Dallari que “as atividades públicas e privadas se interpenetraram de tal maneira que o Estado, freqüentemente, utiliza técnicas jurídicas anteriormente exclusivas do Direito Privado, enquanto os particulares, por seu lado, agem, cada vez com mais freqüência, segundo as regras tradicionalmente consideradas como de Direito Público”. In: DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Futuro do Estado**. Tese para o Concurso de Professor Titular do Departamento de Direito do Estado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1972. p. 80.

¹²⁰ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 30.

¹²¹ Em geral, os currículos das Faculdades de Direito, ainda hoje, apresentam-se divididos entre as duas grandes ramificações, pública e privada. SARMENTO, Daniel. *Id.* p. 33.

Essa clivagem entre o público e o privado, tal como, em geral, é ainda hoje conhecida, provém do mesmo ideário liberal que instituiu o Estado de Direito, qual seja, da limitação da interferência e da ingerência estatal nos assuntos privados. Em sua origem moderna, o espaço¹²² público seria o espaço residual ao privado, que, segundo essa concepção, constituía o espaço da liberdade, ao passo que o público tinha como predominante o elemento da autoridade.

Sob esse influxo histórico moderno¹²³, a rigor, poder-se-ia definir cada um desses espaços independentemente um do outro, como acima se tentou explicitar. Entretanto, quase sempre, os autores delimitam apenas um deles e o outro ganha uma definição negativa, tal como se toma a “paz” como sendo a “não guerra”,¹²⁴ de forma que, definindo um como o oposto do outro, há um inegável e recíproco condicionamento entre eles, porquanto a intensificação da negação do conceito de um, significa a mitigação da definição do outro. Nesse sentido manifesta-se Hannah Arendt, para quem a relevância da espacialidade privada deriva justamente da função e importância da esfera pública¹²⁵. Há, portanto, segundo a autora, uma relação de conexão intrínseca e de dependência entre as duas esferas.

A tentativa da delimitação de cada esfera foi e ainda é objeto de preocupação teórica de muitos estudiosos. Em geral, as definições são realizadas a partir da *etimologia* das expressões, da sua *repercussão* no instante em que é estudada, ou à luz do seu *sentido histórico*, em face das sociedades clássicas,

¹²² Conforme a concepção de Milton Santos, acima exarada, a espacialidade pública e a espacialidade privada não contemplariam apenas um lugar físico, mas também um lugar humano, que molda o espaço físico segundo a razão e a emoção. SANTOS, Milton. *Op. cit.*, p.16.

¹²³ Sem embargo do fato de que inúmeros autores demonstram a existência da dicotomia público privado nas sociedades clássicas, é na Modernidade que há a formação dessas ‘categorias’ conceituais. É na Modernidade também que os modelos teóricos formados em pares e/ou em dicotomias, ganham maior idealização. Exemplo disso são os pares e/ou dicotomias sujeito/objeto; natureza e cultura; signo e significação; totalidade e individualidade; público e privado; burguesia e proletariado; reforma e revolução; sociedade civil e Estado.

¹²⁴ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: Para uma teoria geral da política**. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. 9ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2001. p. 14.

¹²⁵ ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 10ª ed., Trad. de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 68.

como a Grécia e Roma.¹²⁶ Sem embargo da temporalidade da dicotomia, assim como da espacialidade na qual ela se insere, existem definições que têm a pretensão de perenidade, como a elaborada por George Lewis, que, por isso, ainda que não seja integralmente subscrita nesse estudo, merece ser transcrita:

Público, como oposto ao privado, é aquilo que não tem uma relação imediata com qualquer pessoa ou pessoas especificadas, mas que pode dizer respeito a qualquer membro ou membros da comunidade, sem distinção. Desse modo, os atos de um magistrado, ou de um membro de uma assembléia legislativa, feitos por eles, naquela qualidade, são chamados públicos; os atos feitos pelas mesmas pessoas com relação as suas famílias ou amigos ou no tratar com estranhos em assuntos de seu interesse são chamados privados.¹²⁷

Além das tentativas de estabelecimento de uma demarcação¹²⁸ de cada um dos campos do público e do privado, com as suas respectivas disciplinas jurídicas¹²⁹, a literatura jurídica também propôs três critérios¹³⁰ para delimitar os campos de cada uma das esferas. Consoante ensina Maria João Estorninho, são eles o critério da prevalência do interesse, o subjetivo e o da natureza das relações jurídicas.

Para o critério da prevalência dos interesses, haveria uma diferença capital

¹²⁶ Argumenta Marilena Chauí que Hegel, em sua idealidade, aludindo à clássica dicotomia, definiu a época grega como a da 'bela totalidade ética', porquanto os valores éticos e políticos eram idênticos e "havia a perfeita integração entre homem e cosmos e entre indivíduo e comunidade política (pois a cidade exprimiria a ordem natural e cósmica)". CHAUI, Marilena. Público, Privado, Despotismo. In: NOVAES, Adauto. (org.) **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 348.

¹²⁷ LEWIS, George Cornwall. **Remarks on the Use and Abuse of Some Political Terms**. p. 233. [S.l.: s.n.].

¹²⁸ Sobre o tema, interessante o estudo levado a efeito por Umberto Cerroni, que analisa a dicotomia à luz da sua 'evolução histórica': "El estudio del pensamiento y de las instituciones jurídicas modernas revela un proceso de evolución de la relación entre derecho privado y derecho público que, partiendo de una prioridad original del derecho privado, conduce a una evidente subordinación de este último al derecho público". In: CERRONI, Umberto. **Sobre la Historicidad de la Distincion Entre Derecho Privado y Derecho Público**. In: Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho. Año 1, nº 1, 1984. p. 07.

¹²⁹ No Brasil, a clara divisão entre o Direito Público e o Direito Privado, para os autores publicistas, sempre esteve fundada no fato de que o Direito Público seria um direito especial, relativo às normas que regulariam o Estado Poder e às relações jurídicas conseqüentes por ele formadas, ao passo que o Direito Privado seria aquele relacionado às normas que regulam as ações dos particulares e as relações jurídicas conseqüentes por eles formadas. Nesse sentido, argumenta Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, para quem "as normas de Direito Público são de valor social diferente das normas jurídicas prescritas para regerem as relações dos particulares". In: BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 13.

¹³⁰ ESTORNINHO. Maria João. **A Fuga para o Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 140-162.

entre as esferas. O Direito Público corresponderia aos temas em que houvesse uma preponderância dos interesses públicos, já ao Direito Privado caberia a regulação de questões atinentes às relações entre os indivíduos, estando os interesses da coletividade em um segundo plano¹³¹. Esse primeiro critério pode ser questionado sob diversos ângulos. Em primeiro lugar porque o Direito Público, submetido à legalidade, ainda que se volte à proteção e realização dos interesses públicos, deve pautar a sua atuação com o respeito aos interesses privados do cidadão, principalmente dos qualificados como Direitos Fundamentais. E, em segundo lugar, porque nos ramos inseridos no Direito Privado, há atualmente uma abundância de normas de ordem pública¹³², que limitam e condicionam os interesses e a autonomia privada, em proveito de valores e interesses coletivos.¹³³

Sem embargo desse primeiro critério, o segundo procedimento empregado para diferenciar o Direito Público do Privado é denominado de subjetivo, haja vista que, por meio dele, sustenta-se que o Direito Público é aquele em cujas relações jurídicas figuraria sempre o Estado, ao passo que o Direito Privado seria aquele em que os poderes públicos não se fariam presentes. Este método de divisão entre o Direito Público e o Direito Privado também pode ser questionado, haja vista que, em um primeiro plano, existem diversas relações de Direito Privado em que o Estado necessariamente comparece, como a celebração de casamentos, registros públicos etc. Em segundo plano, ele deixa de lado o chamado fenômeno de *privatização*¹³⁴ da Administração Pública, por meio da utilização de mecanismos privados, assim como o fato de que as Constituições

¹³¹ ESTORNINHO. Maria João. *Id.* p. 143.

¹³² Merece alusão, nesse sentido, o parágrafo único do artigo 2035 do Código Civil de 2002, in verbis: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

¹³³ Exemplo disso é o Código de Defesa do Consumidor, que, nada obstante se aplicar às relações privadas, é integrado por um vasto rol de normas de ordem pública, em vista dos interesses coletivos.

¹³⁴ Sobre isso, interessante a coletânea, na forma de Boletim, levada a efeito pela Faculdade de Direito de Coimbra: **Os Caminhos da Privatização da Administração Pública**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

contemporâneas disciplinam uma multiplicidade de relações jurídicas não apenas públicas, mas também privadas.¹³⁵

Por fim, o último critério trazido a lume tradicionalmente pela doutrina com vistas a apartar as duas esferas, diz respeito à natureza das relações estabelecidas pelos sujeitos de cada um desses campos, isto é: conforme defendido por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, por exemplo, no âmbito do Direito Público, as relações jurídicas seriam de autoridade e de subordinação entre o Estado e o cidadão; já no Direito Privado, as relações seriam paritárias e de coordenação¹³⁶. Esse critério, assim como os anteriores, pode ser objetado, porquanto é inequívoco o fato de que as relações travadas entre os particulares são freqüentemente caracterizadas por profundas desigualdades fáticas, em âmbitos em que o Estado não se faz presente¹³⁷. Além disso, tal critério parece basear-se em uma perspectiva ainda marcada por um certo autoritarismo, qualificando a relação entre Estado e Cidadão fundada na subordinação, que retira a tendência presente na Administração Pública de buscar uma certa consensualidade nas relações entre o Estado, representado pela Administração Pública e os cidadãos, no papel de administrados.

Sem embargo dessas tentativas de fixar o espaço de cada esfera, são inegáveis as transformações a que cada uma das esferas está submetida, a cada momento histórico. No início da Modernidade, as concepções liberais afastaram ao máximo os dois âmbitos. Com vistas a amparar (e de algum modo, efetivamente impedir) a interferência do Estado no âmbito privado, foi o espaço público limitado pelas liberdades dos indivíduos, de forma que o público funcionava como um espaço de garantia, em última instância, da autonomia do privado.

¹³⁵ A Constituição Federal de 1988 regula uma série de assuntos relacionados, em sua essência, ao Direito Privado, como o Direito de Família, por exemplo, que recebe a incidência da norma Constitucional nos artigos 226 e seguintes.

¹³⁶ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Op. cit.*, p. 13.

¹³⁷ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 32.

A separação liberal das duas esferas foi resultante da ascensão da burguesia¹³⁸ ao poder, produzindo um aumento do espaço de liberdade do indivíduo, haja vista que, imbuída de uma racionalidade que repudiava o poder absoluto do soberano, contra o qual se insurgiu por meio da Revolução Francesa, buscava assegurar um espaço de liberdade ao indivíduo para além e para fora dos domínios do Estado. O espaço privado, nessa linha, era tomado como uma esfera absolutamente intangível ao Estado.

Com a detenção do poder pela classe burguesa, surge o Direito Administrativo, no âmbito do Direito Público, com uma dupla função: de um lado, promover a limitação do poder do Estado em face da esfera privada intangível dos cidadãos, de um outro, como o ramo que exerce a disciplina jurídica desse próprio poder. De onde se depreende que, embora situado no âmbito do Direito Público, tem o Direito Administrativo uma função garantidora, da autonomia do espaço privado¹³⁹.

Essa concepção, de origem liberal, a partir das teorizações levadas a efeito principalmente por John Locke, como acima indicado, toma o espaço da liberdade do privado como o espaço em que a noção de propriedade figura como elemento central. O papel do Estado aparece como o de garantia, em última análise, do direito de apropriação na esfera privada, sendo que essa apropriação era permitida e garantida pelo Direito, tanto em face dos privados, quanto em face do próprio Estado. Desse modo, o Estado era contido pelo Direito, a fim de

¹³⁸ Sobre a ascensão da burguesia, que levou à Revolução francesa, com vistas à supressão dos privilégios da nobreza e do alto clero e acabou por dar a forma inicial à esfera pública burguesa, manifesta-se Jürgen Habermas, para quem “a esfera pública burguesa deveria ser tomada como uma categoria típica da época, que não pode ser retirada do inconfundível histórico do desenvolvimento dessa ‘sociedade burguesa’ nascida no outono da idade média européia para, em seguida, ao generalizá-la num ideal-tipo, transferi-la a constelações formalmente iguais de situações históricas quaisquer”. In: HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural na Esfera Pública**. Investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 09.

¹³⁹ Argumenta Juarez Freitas que “(...) mostra-se absurdo desconhecer o Direito Público como aquele que deve cumprir, a par de outras funções, a de barreira contra o esmagamento do indivíduo perante o Estado”. FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 228.

não interferir na liberdade e na propriedade dos indivíduos¹⁴⁰, que se apresentava como o marco do espaço privado.

Não se pode descurar do fato de que a diferenciação entre as espacialidades pública e privada sempre representaram, nas sociedades em que se fizeram presentes, o grau de “diferenciação entre aquilo que pertence ao grupo enquanto tal ou à coletividade, e aquilo que pertence aos membros singulares”.¹⁴¹ Ou seja, sempre estiveram relacionados ao conceito de pertencimento, de apropriação.

Para que se possa compreender a questão do pertencimento dos indivíduos às esferas pública e privada, far-se-á, doravante, conciso exame dos aportes levados a efeito por Hannah Arendt sobre o tema.

1.3. A contribuição de Hannah Arendt para a explicitação da Dicotomia.

Em sua obra, a autora de “A Condição Humana” promoveu uma visão histórico-antropológica da evolução da própria experiência humana, sendo uma destacada estudiosa das influências provocadas pelo âmbito público (pelo exercício não limitado do poder político) nos indivíduos, em especial, da questão da violência incidente nos indivíduos a partir do exercício de um poder despótico. Entretanto, ainda que a tirania exercida no âmbito público possa gerar um banimento dos indivíduos do exercício desse espaço, foi exatamente isso que levou a citada autora a destacar a importância desse espaço, o qual, juntamente com o âmbito reservado, particular, designado por privado, compõe os espaços em que se exerce a condição humana, que a autora busca delinear.

Nessa linha, discorrendo sobre os âmbitos que compõem a condição humana, é que a autora explicita a significação para ela dos significantes público

¹⁴⁰ COUTO E SILVA, Almiro. *Op. cit.*, p. 105.

¹⁴¹ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 14.

e privado. Para chegar a esses sentidos, ela vai buscar a etimologia e o sentido dessas expressões nas sociedades clássicas, com destaque à sociedade grega.

Expõe Hannah Arendt que, na sociedade grega, o termo *privado*, em sua acepção original de *privação*, se apresentava como fundamental para a compreensão da esfera privada¹⁴². Sob a perspectiva arendtiana, para um indivíduo das sociedades antigas, a vivência de uma biografia inteiramente privada significaria, acima e antes de tudo, ser destituído de coisas essenciais à vida verdadeiramente humana: significaria igualmente ser privado da realidade que advém do fato de ser visto e ouvido por outros, privado de uma relação objetiva com eles decorrente do fato de ligar-se e separar-se deles mediante um mundo comum de coisas, e também ser privado da possibilidade de realizar algo mais permanente que a própria vida¹⁴³.

Nesse passo, a privação da aparição em e ao público para um indivíduo, de acordo com a autora reside na ausência de 'outros', para estes é como se o indivíduo não existisse: "O que quer que ele faça permanece sem importância ou consequência para os outros, e o que tem importância para ele é desprovido de interesse para os outros".¹⁴⁴ Daí se depreende o predomínio da esfera pública, em que se exercia a política, nas sociedades clássicas. A própria noção de liberdade, que no auge do liberalismo, subsumia-se apenas ao espaço privado, para Hannah Arendt, relaciona-se à ação pública, haja vista que, para ela, o "livre agir é o agir em público, e público é o espaço original do político. Nele o homem deve mostrar-se em sua liberdade e espontaneidade, e se afirmar no trato político com outros".¹⁴⁵

Consoante o ensinamento da mencionada autora, uma das causas que

¹⁴² ARENDT, Hannah. *Op. cit., Id.*

¹⁴³ ARENDT, Hannah. *Id.* p. 75.

¹⁴⁴ ARENDT, Hannah. *Id. Ibid.*

¹⁴⁵ ARENDT, Hannah. **O que é Política?** Fragmentos das Obras Póstumas compiladas por Ursula Ludz. São Paulo: Bertrand Brasil: 2002. p. 11.

levam à privação das relações objetivas, públicas, como os outros, ou seja, de uma vida não privada, é o fenômeno de massa da solidão. O motivo pelo qual esse fenômeno é tão extremo deriva do fato de que a sociedade de massas não apenas destrói a esfera pública e a esfera privada: priva ainda os homens não só do seu lugar no mundo, mas também do seu lar privado, no qual antes eles se sentiam resguardados contra o mundo e onde, de qualquer forma, até mesmo os que eram excluídos do mundo podiam encontrar-lhe o substituto no calor do lar e na limitada realidade da vida em família¹⁴⁶.

Ainda de acordo com o pensamento arendtiano, em função da natureza interdependente das esferas pública e privada nas sociedades clássicas, é que o estágio final do desaparecimento da esfera pública seria acompanhado pela ameaça de igual liquidação da esfera privada¹⁴⁷.

A privatidade, antes da era moderna, era como que o outro lado escuro e oculto da esfera pública; ser político significava atingir a mais alta possibilidade da existência humana; entretanto, não possuir um lugar próprio e privado (como os escravos) deixava de ser humano.

Nesse sentido, a vida pública somente era possível depois de atendidas as necessidades muito mais urgentes da própria existência. Assim, a posse de propriedades significava dominar as próprias necessidades vitais e, portanto, ser, potencialmente uma pessoa livre, livre para transcender a sua própria existência e ingressar no mundo comum a todos.

A importância política, por conseguinte, da propriedade privada, como o surgimento das Cidades-Estado, era o de possibilitar o seu dono de ascender ao mundo público, de onde seria proveniente nas sociedades clássicas, o desdém pelas ocupações mesquinhas, particulares, em última análise, pertencentes ao espaço privado.

¹⁴⁶ ARENDT, Hannah, *Id. Ibid.*

¹⁴⁷ ARENDT, Hannah. **A Condição...**, p. 75.

Aquele proprietário, porém, que preferisse ampliar a sua propriedade ao invés de utilizá-la para viver uma vida política, era como se ele espontaneamente sacrificasse a sua liberdade e voluntariamente se tornasse aquilo que o escravo era contra a vontade, ou seja, um escravo, um servo da necessidade.

Argumenta a autora que o que era chamado de ascensão do social, na verdade, coincide com as transformações históricas da preocupação individual com a propriedade privada, de modo que, os indivíduos que passaram a possuir propriedades, arrogavam acesso à coordenação da esfera pública exatamente para poder melhor protegê-la.

Quando se permitiu que essa riqueza, antes restrita à esfera do lar, conquistasse a esfera pública, as posses privadas, por essência mais perenes e vulneráveis à mortalidade que o mundo comum, público, passaram a minar a durabilidade deste mundo. Esta é a transformação da riqueza, que segundo Hannah Arendt, destina-se ao uso e ao consumo, em capital, cuja única função é a de gerar mais capital.

O papel da esfera pública nesta sociedade seria, por conseguinte, o de proteger uns dos outros na luta competitiva por mais riqueza, demonstrando a sua contradição, já que a única coisa que as pessoas teriam em comum seria os seus interesses privados.

Neste estágio ocorreria a extinção da própria diferença entre a esfera pública e a esfera privada, haja vista que a esfera pública se tornou função da privada e a esfera privada a única preocupação comum que sobreviveu.

É aí que surge, para a autora, a esfera do social, que se trataria de uma esfera híbrida, que escapa à distinção clássica entre público e privado, caracterizada pela variedade e seria o local no qual as pessoas passariam a maior parte do seu tempo. O princípio correspondente a esta esfera é o da exclusividade, que também legitimará o direito à intimidade.

A distinção, por conseguinte, entre as esferas privada e pública, encarada

sob o ponto de vista da privatividade, equivale à diferença entre o que deve ser exibido e o que deve ser ocultado. Entre a necessidade e a liberdade, entre a futilidade e a realização, conforme explicita Hannah Arendt.¹⁴⁸

Ao lado disso, não se pode descurar a importância da dicotomia na construção de todo um imaginário popular acerca do papel do Estado em face da sociedade. No Brasil, esse imaginário se faz bastante presente e a delimitação entre a espacialidade pública e a privada nunca deixou de ser nebulosa, uma vez que, mesmo no auge do liberalismo tupiniquim¹⁴⁹, a esfera pública nunca teve um conteúdo próprio e sempre esteve ocupada pelos mais variados interesses privados.

A experiência histórica nacional ainda demonstra um dos traços essenciais da formação cultural brasileira: a penetração na esfera estatal da lógica do patrimonialismo, na qual “as relações de confiança, amizade e compadrio, mantidas sob a égide do tradicional ‘jeitinho’ quase sempre prevaleceram sobre a ordenação impessoal dos interesses que deveria pautar a ação do governo e seus agentes”.¹⁵⁰

Exemplos históricos não faltam na literatura nacional, desde Victor Nunes Leal¹⁵¹, passando por Raymundo Faoro¹⁵² e Sérgio Buarque de Holanda, todos esses autores, em suas principais obras, voltaram-se à demonstração, em diferentes medidas, da interferência e da ingerência privada nos assuntos exclusivamente públicos.

¹⁴⁸ ARENDT, Hannah. *Id.* p. 78.

¹⁴⁹ Argumenta José Guilherme Merquior, nessa linha, que “em nosso Estado patrimonial-protecionista, digno senhor de uma sociedade senhorial e patriarcal, o liberalismo foi, com frequência, mais fachada que substância”. In: MERQUIOR, José Guilherme. **Liberalismo e Constituição**. In: MERCADANTE, Paulo (Org.) Constituição de 1988: Avanço do Retrocesso. Rio de Janeiro: Rio Fundo Editora, 1990. p. 15.

¹⁵⁰ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 38.

¹⁵¹ Na obra, *Coronelismo, Enxada e Voto*, o autor examina o sistema político característico do interior do Brasil, que é demarcado por uma rede de relações e compromissos envolvendo o poder político e econômico dos coronéis. Cf. LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto**. São Paulo: Nova Fronteira, 2004.

¹⁵² Cf. FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. Brasília: Ed. Brasiliense, 1983.

É por esse motivo, fundado na cultura histórica brasileira, como demonstram os autores acima citados, que Eros Roberto Grau afirma que “a noção que temos da coisa pública relaciona-a não ao povo, porém, ao Estado”.¹⁵³

Sob essa perspectiva, “o público é o estatal, não o comum a todos. Desconhecemos a sentença de Ulpiano, demarcando a distinção entre ambos: os bens pertencentes ao Estado são abusivamente chamados de ‘públicos’, pois assim devem ser considerados unicamente os bens que pertencem ao povo romano. E desconhecemos também, inteiramente, a síntese de Cícero: *res publica, res popul*”.¹⁵⁴

Embora no Brasil, desde sempre, ainda que no auge do liberalismo clássico, esteve presente uma relativa intersecção conceitual acerca da *summa divisio*, não se pode descurar que a dicotomia do Direito, entre o público e o privado, sempre compôs um quadro no imaginário popular, correspondente a uma série de divisões e de representações metafóricas. Nesse sentido, dando explicitação a esse quadro imaginário, Nelson Saldanha representou o espaço público por meio da figura de uma praça, ao passo que o espaço privado, nessa linha, poderia ser representada por uma moradia privada¹⁵⁵, conforme se verá no próximo tópico.

1.4. Entre a Casa e a Praça: o Jardim. A Metáfora dos Espaços Público e Privado.

A divisão entre as esferas da vida: pública e privada, na história humana, tem sofrido aproximações e afastamentos, de modo que nem sempre é possível

¹⁵³ GRAU, Eros Roberto. **O Estado, a Liberdade e o Direito Administrativo**. In: Crítica Jurídica. nº 21 Jul-Dez/2002. p. 164.

¹⁵⁴ Afirma ainda Eros Roberto Grau que na cultura jurídica nacional, o individual sempre esteve inserido no Estado e que, por isso, as virtudes republicanas, imanentes à ordem social, aqui não se realizam, pois essa ordem é privatista. GRAU, Eros Roberto. *Id. Ibid.*

¹⁵⁵ SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça. O Privado e o Público na Vida Social e Histórica**. São Paulo: Edusp, 1993.

se verificar qual o grau de diferenciação entre elas em determinado momento histórico.

Com vistas a promover uma facilitação da visualização desses espaços, é que Nelson Saldanha elaborou uma interessante metáfora, cujos aspectos principais, adiante serão expendidos.

Utilizando-se da clara explicitação de Nelson Saldanha, que alude a uma visualização passível de compreensão ampla da dicotomia sobre a qual são, em geral, separados os grandes ramos do Direito, a praça seria pensada como um espaço amplo, que se abriria, na estrutura interna das cidades, como uma confluência de ruas ou como uma interrupção nos blocos edificadas. Um espaço no qual, em geral, poderiam ser encontrados bancos, árvores, eventualmente monumentos, em alguns casos, pequenos lagos artificiais.

Nessa linha, representando um espaço que se apresentaria entre o público e o privado, poderia se dizer que “o jardim é, e ao mesmo tempo não é, uma parte da casa”.¹⁵⁶ Não se inclui no âmbito edificado da residência, mas integra o seu espírito, inclui-se no conjunto (pequeno ou grande) que ela domina.

A praça, por sua vez, integraria organicamente o conjunto formado pela cidade, mas ao mesmo tempo, “está” nela como um espaço – quase como uma clareira – surgido pelo distanciamento entre determinadas porções construídas. A praça “nega” a continuidade das edificações, mas ao mesmo tempo ela é, em certo sentido, a essência da cidade.

Nesse horizonte, essas alusões promovidas por Nelson Saldanha, que trazem à lume imagens, representam e indicam, metaforicamente, o espaço público, dissociado em relação à moradia particular, representativa do espaço privado. Historicamente, as praças, nas cidades, se atrelam a finalidades, que podem ser reputadas como genéricas, ligando-se ao espaço comum. O autor afirma como o “espaço comunitário” do termo: ao âmbito político, à finalidade

¹⁵⁶ SALDANHA, Nelson. *Id.* p. 38.

econômica, à dimensão religiosa ou militar da vida social.¹⁵⁷

A partir disso, pode-se sustentar que a distinção entre as duas dimensões entre as duas imagens (praça e jardim) poderiam se dar em um sentido qualitativo e em um sentido quantitativo. Sobre esse sentido, tem-se o problema da extensão espacial: no caso da casa (e do jardim) o espaço é reduzido, como coisas “ajuntadas” no âmbito do viver e, sobretudo, do viver noturno das pessoas; já na praça, há um espaço maior, que revela a cidade e tende a se confundir com ela.¹⁵⁸

Sobre o sentido qualitativo, é possível afirmar-se, consoante o autor, que ocorre um problema de caracterização e de conteúdo. Assim, o espaço privado tem um sentido de reduto, algo “irredutivelmente” preso ao existir mais íntimo do ser humano; e o espaço público dispõe-se como obra do viver social e do estender-se das relações que perfazem este viver, e que se desdobram, consoante já sublinhado, em termos de produção econômica, ordem política, criação cultural.

A simbologia da casa está ligada indissolavelmente à problemática da privacidade e da intimidade. Isso porque o que se edifica para a privacidade é evidentemente uma parte muito especial da instalação do ser humano no mundo, uma parte que exprime o próprio ser humano e seus prolongamentos.¹⁵⁹

Afirma o autor que o viver social consiste e subsiste em várias dimensões, e uma delas ocorre nas casas: as sociedades ao emergirem para certo nível histórico são cidades, e as cidades constam de casas, colocadas em ruas. E como as ruas – semelhante às praças – já são outra dimensão, a pública, eis que o plano público e privado se tocam, se completam, complementam-se¹⁶⁰.

Um aspecto que releva sublinhar é o de que o caráter de determinados

¹⁵⁷ SALDANHA, Nelson. *Id.* p. 44.

¹⁵⁸ SALDANHA, Nelson. *Id. Ibid.*

¹⁵⁹ SALDANHA, Nelson. *Id.* p. 46.

¹⁶⁰ SALDANHA, Nelson. *Id.* p. 51.

atos nem sempre se prende ao fato de o agente se encontrar em sua casa ou em logradouro público, haja vista que pode, estando em casa, desempenhar uma tarefa com sentido público, como se pode defender interesses privados atuando em recinto público.

Entre a casa e a praça, há, como antes dito, o jardim. Sem dúvida o jardim concentra e registra a privacidade retendo uma porção da natureza, enquanto que a praça vem a ser um espaço aberto na natureza, senão mesmo contra ela¹⁶¹.

A praça, caracterizada em todas as civilizações como espaço “público”, não tira seu significado do mero fato da convergência de vias “públicas”. Ela pode ser anterior às ruas, ao menos logicamente (ou estruturalmente) anterior. A rua, por sua vez, possui a mesma essência da praça, posto que todo o traçado urbano, que na praça se concentra, é algo público. A consagração histórica do fenômeno urbano significa também a consagração ou consolidação da vida pública. Só que o jardim também terá o que ver com o fenômeno urbano, mas em outro plano¹⁶².

Ainda, aduz o autor que o jardim, sendo fechado, é lírico, e que a praça, sendo aberta, é épica. O jardim é côncavo, a praça é convexa. O jardim encerra a biografia; a praça, a história. Um é introvertido, a outra, extrovertida. Dois momentos, duas dimensões do humano e de sua projeção nas (ou sobre as) coisas¹⁶³.

Entretanto, permanece aberta e em constante construção e reconstrução a fronteira que os une e os distancia, destacando a complementaridade entre os dois espaços, que Nelson Saldanha representa pelo jardim, entre a casa e a praça.

Essa diferenciação entre as esferas do público e do privado, que, a rigor,

¹⁶¹ SALDANHA, Nelson. *Id. Ibid.*

¹⁶² SALDANHA, Nelson. *Id.* p. 62.

¹⁶³ SALDANHA, Nelson. *Id. Ibid.*

ainda podem ser representadas simbolicamente pelas figuras da casa e da praça, encontra-se hoje, submetida a novos caracteres que, embora não desfaçam essa simbologia em seu todo, trazem novos elementos que acabam por alterar o seu sentido tradicional. Eis o que, adiante, pretende-se examinar.

1.5. A Ascensão Liberal e a Mitigação Atual da Dicotomia em face da Constitucionalização do Direito.

A idéia de uma separação rígida entre o que poderia ser delimitado como público e aquilo que poderia ser designado como privado encontra o seu auge, como já se disse, na Modernidade. A divisão apresenta-se importante para a compreensão de uma série de conceitos relacionados ao Estado de Direito liberal e sua separação em face da sociedade¹⁶⁴.

Com o advento do Estado Social de Direito, entretanto, no início do século XX, o Estado avocou uma série de funções que se caracterizavam pela sua intervenção direta em vários domínios. Assim, o Poder Público deixou de ser expectador da cena das relações econômicas para se tornar o seu maior protagonista, disciplinando-as de maneira cogente, por meio da edição de normas de ordem pública impositivas à autonomia privada dos cidadãos.

O Poder Público, verificando a grande desigualdade presente na sociedade, precisou abandonar a sua posição de inércia e passou a intervir com vistas a proteger as partes mais débeis¹⁶⁵. Ocorreu, então, o surgimento dos

¹⁶⁴ Argumenta Floriano Peixoto Azevedo Marques Neto que o modelo de Estado inerente à Modernidade se insere no contexto em que se coloca “a dicotomia na base do raciocínio segundo o qual apenas na esfera pública colocam-se os poderes e o dever de implementar ou atender a necessidades coletivas. A um só tempo, desonera-se a esfera privada de tal obrigação e se justifica a outorga do poder político necessário tanto a dizer quais sejam estas necessidades coletivas atendíveis quanto para obter e gerir os méis para tanto imprescindíveis”. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 42.

¹⁶⁵ Explica Robertônio Santos Pessoa que “assumindo o Estado, de forma explícita, um papel de “conformação” da ordem social e econômica, estreitam-se cada vez mais as distâncias da Administração Pública e Sociedade. Intensifica-se e ramifica-se o exercício do “poder de polícia”, crescem os “serviços públicos” e aumentam sobremaneira as tarefas postas sob responsabilidade

Direitos Sociais, tendo o Direito do Trabalho ganhado posição de destaque.

Contudo, esse Estado que visava racionalizar as atividades econômicas e intervir em favor das classes socialmente desfavorecidas, passa a ser associado à idéia de ineficiência, de desperdício e de burocracia excessiva, pelo que se passa a sustentar a existência de uma crise do Estado Social de Direito, passando-se a referir a uma espécie de *privatização* do público. Em face disso, essa temática será estudada de maneira apartada, a seguir.

1.5.1. O Fenômeno da *Privatização* do Público.

Com as idéias acima referidas, de racionalização das atividades estatais, com vistas à redução da ineficiência e do desperdício, em todo o mundo passam a ser realizados programas de *privatização* das empresas estatais, buscando-se reduzir o âmbito do Estado. Ademais, após o fim dos regimes socialistas, representado figurativamente pela queda do Muro de Berlim, houve certa disseminação de um ceticismo “pós-moderno”, no sentido do descrédito em relação à possibilidade do Estado transformar a sociedade.

Com o avanço tecnológico no âmbito das telecomunicações e informática, não houve apenas o encurtamento de distâncias e a diluição de fronteiras, mas também a própria fragilização do Estado, visto que os aparatos estatais passaram a não deter mais capacidades para condicionar, por meio de sua soberania, as forças privadas presentes em seus territórios. Com isso, houve um fortalecimento dos poderes privados, principalmente as grandes conglomerações empresariais multinacionais, que passaram a atuar em todo o

do Estado nos domínios econômico e social. Tudo isso vai desembocar numa “aceleração” da atividade administrativa. Eclode um verdadeiro “Estado de Administração” (Verwaltungsstaat). A relação entre a Administração e os particulares não se faz mais através de “contatos” ocasionais, fugazes e pontuais. Pelo contrário, a relação “administração-administrado” avoluma-se e se torna cada vez mais freqüente, duradoura e abrangente, assumindo, no dia-a-dia, as mais diversas formas”. In: PESSOA, Robertônio Santos. **Direito Administrativo: um Novo Eixo Central**. In: A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 3, nº 11. jan./fev./mar.2003. p.203.

mundo, ao largo das regulamentações estatais e do seu poder, até então, soberano.

Essas conglomerações passaram a minar o monopólio da edição legislativa de normas jurídicas, pois que, esses atores econômicos passaram a reger as suas atividades por uma espécie de *lex mercatoria*, difusamente instituída pelo mercado, com eficácia, muitas vezes, maior do que as normas expedidas pelo Poder Legislativo. Desse modo, o que sempre foi tomada como uma atividade essencialmente pública, a produção normativa passa a ser também uma espécie de atividade privada. Tal ocorre também em algumas atividades até então eminentemente estatais, como a jurisdição, que passa a ser exercida por particulares, por meio da utilização de mecanismos de mediação e de arbitragem privadas e o exercício, por agentes privados, ainda que questionável, sob a ótica do regime Constitucional brasileiro, de atividades relacionadas com o Poder de Polícia.

Esse processo gradual de *privatização* das atividades estatais encontra seu lado mais sombrio quando o Estado deixa de realizar prestações voltadas para o atendimento dos socialmente excluídos sob o pretexto de que os direitos que dão substrato à essas prestações positivas sobrecarregam a economia¹⁶⁶ e tornam o Estado ineficiente e paternalista, que premiaria a indolência individual, como o que fora amplamente encampado pelo discurso conservador do “Consenso de Washington”.

A *privatização*, no contexto acima apresentado, porém, não se circunscreve apenas à alienação dos ativos estatais, nem à ausência da prestação de serviços públicos ou concretização de *políticas públicas* adequadas à promoção dos Direitos Fundamentais sociais. Ela também se revela no próprio ordenamento jurídico, com o gradativo aumento da

¹⁶⁶ Os argumentos desta ordem, que subsumem o jurídico ao econômico, serão objeto de estudo no segundo título do trabalho, em especial, no segundo capítulo do Título Três, voltado ao exame da reserva do possível.

possibilidade de participação dos atores privados na realização de serviços públicos. Esse fenômeno, porém, não se restringe ao Estado brasileiro. Um exemplo disso é o projeto de Constituição italiana em trâmite perante a Comissão Constituinte de Emenda Constitucional. Conforme o projeto de Constituição em alusão, a atividade da Administração Pública italiana, atuará com base no Direito Privado, salvo por razão de *interesse público* previsto por lei, de modo a reduzir cada vez mais a aplicação do Direito Público¹⁶⁷.

Nos países de desenvolvimento tardio, como o Brasil, em que os níveis de pobreza atingem índices inimagináveis e em que a maioria da população vive sob a égide ainda de uma espécie de Estado de natureza, para usar a expressão de John Locke, o processo de desmonte do Estado representa um grave retrocesso, visto que os direitos sociais que se voltam à mitigação das carências dos cidadãos deixam de ser encarados como deveres do Estado, para voltarem ao âmbito da “caridade” privada, como eram ao tempo do Estado Liberal.¹⁶⁸

Nessa esteira, argumenta Norberto Bobbio que a *privatização* do público significa “a revanche dos interesses privados através da formação dos grandes grupos que se servem dos aparatos públicos para o alcance dos próprios objetivos”.¹⁶⁹

Lateralmente a isso, há a emergência de uma nova concepção de espaço público, que não corresponderia, necessariamente, à atividade estatal. Se, na vigência do Estado Liberal de Direito, o espaço público era o correspondente exato do âmbito do Estado e o privado relacionado ao espaço da sociedade regida pelo mercado, em cuja esfera os indivíduos egoisticamente buscavam a

¹⁶⁷ “Le pubbliche amministrazioni, salvo i casi previsti dalla legge per ragioni di interesse pubblico, agiscono in base alle norme del diritto privato. Sono tenute al risarcimento del danno ingiusto cagionato a terzi, secondo le regole del diritto civile”.

¹⁶⁸ LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização Econômica, Política e Direito: Análise das Mazelas Causadas no Plano Político-Jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 350.

¹⁶⁹ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade...**, p. 27.

realização de seus interesses privados, há, na vigência desse modelo de Estado atual, Constitucional, o desenvolvimento de um terceiro setor, que não é estatal, porém, passa a ser também compreendido como parte do espaço público.

Composto por movimentos sociais, organizações não governamentais, fundações, associações e entidades de classe que têm por escopo atuar visando à realização do interesse coletivo, acabam aglutinando e canalizando para o sistema político demandas sociais importantes, que passam ao largo das instâncias tradicionais de representação.

Embora atuantes na sociedade civil, essas entidades acabam por buscar os fins antes limitados às entidades públicas, cuja lógica de funcionamento é absolutamente diversa das perseguidas pelas entidades econômicas que atuam segundo as regras do mercado.

São esses exemplos da “nebulosidade” que perpassa pela dicotomia público/privado no atual tempo de vigência do Estado Constitucional, compondo um quadro que se opõe radicalmente ao existente ao tempo da vigência do Estado de Direito, em que as divisões entre as duas esferas eram francas e evidentes. Ao lado disso, porém, passa-se a verificar uma corrente em sentido oposto, relativo ao gradativo processo de *publicização* do privado, que, pela sua particularidade, será examinado no próximo tópico.

1.5.2. O Fenômeno da *Publicização* do Privado.

Embora todo o processo acima descrito represente uma *privatização* do Direito Público, com a mitigação da intervenção do Estado na Sociedade, esse processo não significa a redução da chamada *publicização* do espaço privado¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Para Norberto Bobbio a publicização do privado “reflete o processo de subordinação dos interesses do privado aos interesses da coletividade representada pelo Estado que invade e engloba progressivamente a sociedade civil; o segundo representa a revanche dos interesses privados através da formação dos grandes grupos que se servem dos aparatos públicos para o alcance dos próprios objetivos”. In: BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade...**, p. 27.

Atualmente verifica-se um processo que não representa apenas a permanência da edição de normas de ordem pública sobre o direito privado. Significa também uma verdadeira revolução, que consiste na sua cada vez maior Constitucionalização.

Não se trata apenas de um tratamento de matérias anteriormente afetas ao Direito Privado pela Constituição, como se essa fosse uma nova grande codificação que substituiria os Códigos Privados, mas sim a imposição de uma releitura dos institutos e normas do Direito Privado à luz dos valores constitucionais.

Trata-se da necessidade de um repensar das categorias jurídicas privadas, como a propriedade, o contrato e a família sob os pilares erigidos pela Constituição, que permanece protegendo a autonomia privada e a liberdade, mas incorpora também os valores de igualdade substancial, da justiça social e da solidariedade¹⁷¹.

Paralelo a isso, há o reconhecimento da incidência dos Direitos Fundamentais às relações *interprivadas*. Tal reconhecimento altera a concepção clássica dos Direitos fundamentais, haja vista que esses eram vistos apenas como salvaguarda dos indivíduos em face das arbitrariedades estatais.

Da idéia inicial, de que os Direitos Fundamentais vinculavam apenas o Estado, passa-se à ampla aceitação de que eles vinculam também os particulares, em cujas relações há a chamada incidência ou eficácia horizontal destes direitos. Com vistas à proteção dos Direitos Fundamentais que derivam, em última análise, da idéia de dignidade da pessoa humana e a sua promoção, todos os agentes particulares, em suas ações, devem a eles um dever de

¹⁷¹ Nessa linha questiona Luiz Edson Fachin, no sentido de que seria “legítimo, por conseguinte, indagar se o ordenamento jurídico tem respondido adequadamente às exigências que os fatos sociais impõem. Para tanto, compreender a Constitucionalização do Direito Civil é imprescindível. Essa virada de Copérnico operada na dicotomia Código Civil e Constituição é o marco espaço-temporal dessas reflexões. In: FACHIN, Luiz Edson. **O Direito Civil Brasileiro Contemporâneo e a Principiologia Axiológica Constitucional**. In: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Volume 3. Ano 3. 2003. p. 237.

observância.

Tal dever, no entanto, deve ser matizado no sentido de não se converter num instrumento para imposição arbitrária do 'politicamente correto', consistente na redução excessiva da autonomia privada e na asfixia da espontaneidade das relações humanas, haja vista ser também a autonomia privada uma dimensão importante da dignidade da pessoa humana.

1.6. Privatização, Publicização e Constitucionalização do Direito.

Todo o cenário até aqui apontado demonstra que, na atualidade, a divisão entre o público e o privado se apresenta de maneira excessivamente singela para a explicitação de todos os âmbitos e especialidades em que a vida e a atuação humana se fazem presentes. A delimitação de um espaço intermediário, denominado de social, por Hannah Arendt e a consagração de entidades do terceiro setor¹⁷², nem públicas, nem privadas, demonstra a complexidade da realidade social contemporânea, que parece não se conter em apenas dois espaços.

Se, por um lado, a cada dia as fronteiras entre o público e o privado se apresentam mais esmaecidas, por outro, parece ser importante a manutenção de determinadas fronteiras, ainda que tênues, entre o público e o privado, visando, por exemplo, à proteção de esferas de autodeterminação pessoal, íntimas, que resguardem a vida humana não apenas da ingerência pública mas também de outros agentes privados possuidores de poderes sociais cada vez mais fortes.

Entretanto, em se mantendo ainda algumas sutis balizas entre os dois espaços, há que necessariamente se reconhecer que tais limites podem, muitas

¹⁷² O fato de se constatar a existência dessas entidades, nem estatais, nem privadas, não retira a crítica que sobre elas pode ser realizada, principalmente no sentido de que, ao invés de exigir do Estado a concretização dos fins a ele determinados, como seria o papel do dito terceiro setor, essas entidades passaram a exercer as funções antes desempenhadas pelo próprio Estado.

vezes, funcionar como “fachada” para a legitimação de relações de dominação e arbítrio, no interior de esferas ditas privadas, como a família, as empresas. É por isso que se torna imperativo que cada esfera possua características e peculiaridades próprias que devem ser transversalmente atravessados pelos princípios atrelados aos direitos humanos e à democracia, os quais não podem mais permanecer cingidos à esfera das relações em que o Estado se faça presente. É sob essa perspectiva que Boaventura de Sousa Santos condena a separação entre público e privado como fórmula de imunização das relações econômicas “privadas” diante dos Direitos Fundamentais e das teorias democráticas, em geral ainda limitados ao âmbito das relações na esfera pública.¹⁷³

Por essa razão é que parece que o critério público *versus* privado não se mostra mais suficiente e satisfatório para a resolução de conflitos de interesse que se constituem numa sociedade aberta e democrática, seja pela imprecisão que a dicotomia apresenta, seja pelo reconhecimento de que ambas as dimensões da vida, pública e privada, são igualmente importantes para a completa realização existencial da pessoa. Nessa linha, sustenta Teresa Negreiros que “fica claro, portanto, que num sistema de proeminência da dignidade da pessoa humana, perde eficácia a oposição entre o público e o privado”.¹⁷⁴

Retornando à metáfora de Nelson Saldanha, verifica-se o caráter e a índole complementar das duas esferas, de forma que não há como se tê-las separadamente, sob pena de, ao se privilegiar uma espacialidade em detrimento da outra, estar-se-ia violando a própria possibilidade de realização plena da dignidade humana, que pressupõe a integração entre esses dois âmbitos da

¹⁷³ Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice: O Político e o Social na Pós-Modernidade**. 4ª ed., São Paulo: Cortez, 1997. p. 124 e seguintes.

¹⁷⁴ NEGREIROS, Teresa. **Dicotomia Público-Privado frente ao problema da Colisão de Princípios**. In: Ricardo Lobo Torres. (org). Teoria dos Direitos Fundamentais. p. 362.

vida. Essa é a posição de Nelson Saldanha, para quem:

as contradições fecundas são as que cabem dentro do ser do homem como complementaridades, e ao compreendê-las veremos que algumas dualidades se tocam e se completam, conforme o momento e a perspectiva: assim se tocam os começos e os fins, as causas e os efeitos, as teses e as antíteses, o sagrado e o profano, as essências e as existências. A liberdade pode ser disciplina, a autoridade pode ser o diálogo, o poder pode ser justiça; o público e o privado se complementam. Deste modo é correto pretender que no jardim exista algo de praça, e que a praça tenha algo de jardim.¹⁷⁵

Como conseqüência disso, não parece mais apropriado se falar, como outrora, em dois ordenamentos jurídicos distintos, de um lado o público, e de outro, o privado. Há que se aludir, contemporaneamente, a uma única ordenação jurídica, em que a Constituição assume, efetivamente, papel de destaque, incidindo sua carga axiológica e seus princípios a todos os âmbitos da vida e informando e coordenando a resolução dos conflitos entre direitos e interesses em todas as searas e âmbitos jurídicos¹⁷⁶.

Eis porque se alude, igualmente e afinal, que o movimento até então retratado não seria uma *privatização* do público, ou uma *publicização* do privado, mas uma própria Constitucionalização do Direito¹⁷⁷.

CAPÍTULO II

DO DIREITO POR REGRAS AO DIREITO POR PRINCÍPIOS.

¹⁷⁵ SALDANHA, Nelson. *Op. cit.*, p. 120.

¹⁷⁶ Nesse contexto, argumenta Weida Zancaner que “no sistema jurídico brasileiro a valoração dos valores tem limites traçados pela própria Constituição, que privilegiou valores que não quis ver amesquinçados, e nesta valoração conferiu ao Estado o papel que deve ter para assegurar o desenvolvimento nacional e a justiça social”. In: ZANCANER, Weida. **Limites e Confrontações entre o Público e o Privado**. In: Direito Administrativo Contemporâneo: Estudos em Memória do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Romeu Felipe Bacellar Filho (coord.) Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 346.

¹⁷⁷ O espaço da Constituição é o espaço da Ágora, “que não é nem público, nem privado, mas é público e privado ao mesmo tempo”. Zygmunt Bauman afirma que esse é o “espaço onde os problemas particulares se encontram de modo significativo - isto é, não apenas para extrair prazeres narcisísticos ou buscar alguma terapia através da exibição pública, mas para procurar coletivamente alavancas controladas e poderosas o bastante para tirar os indivíduos da miséria sofrida em particular; espaço em que as idéias podem nascer e tomar forma como ‘bem público’, ‘sociedade justa’, ou ‘valores partilhados’.” In: BAUMAN, Zygmunt. **Em Busca da Política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000. p.11.

“Se o velho Estado de Direito do liberalismo, fazia o culto da lei, o novo Estado de Direito de nosso tempo faz o culto da Constituição”¹⁷⁸

Como se depreende do pensamento acima citado de Paulo Bonavides, na passagem do Estado de Direito liberal para o Estado de Direito atual, ou Constitucional, houve o delineamento gradativo de uma série de questões que acabaram por promover mudanças na concepção que se tem a respeito dos instrumentos normativos que compõem o sistema de Direito¹⁷⁹. A seguir serão examinadas as principais alterações que propiciam mutações no modo de ver e de se interpretar o fenômeno jurídico na contemporaneidade.

2.1. Do Direito por Regras ao Direito por Princípios: Alguns Horizontes da Nova Interpretação Jurídica¹⁸⁰.

O Ordenamento jurídico no tempo do Estado de Direito era composto por regras gerais e abstratas conduzidas a disciplinar todas as ações do Estado, no que tange ao exercício do seu poder político, por meio dos órgãos do Parlamento, do Executivo e do exercício da judicatura, conforme a clássica repartição de poderes levada a efeito por Montesquieu. Ademais disso, as regras estabelecidas pelo Parlamento tinham por finalidade delimitar o campo de autonomia privada dos cidadãos, isto é, disciplinar as questões relativas ao exercício do comércio e da apropriação privada, de modo que esses direitos pudessem ser livre e adequadamente exercidos.

¹⁷⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996. p. 362.

¹⁷⁹ Acerca da noção de sistema jurídico, pertinente é a citação de Juarez Freitas: “uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido amplo, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou, implicitamente, na Constituição”. In: FREITAS, Juarez. **A Interpretação...** p. 61.

¹⁸⁰ Sobre o tema, interessante a obra organizada por Luis Roberto Barroso: **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Nesse tempo, não havia, explicitamente, embora implicitamente estivesse presente, a incorporação de valores, pois o positivismo normativista desejava afastar-se do *jusnaturalismo* que até então conduzia o direito por critérios morais e de justiça. O direito formado por regras não comportava a explicitação de valores de política exatamente porque foi constituído em oposição ao modelo jurídico anterior, que se pautava por valores transcendentais, provenientes de fora do sistema de Direito.

No Estado Constitucional, por sua vez, houve uma nova inserção de valores, explícitos, os quais, ainda que se encontrem baseados em critérios de justiça ou mesmo morais, encontram seu substrato no próprio ordenamento e se irradiam por todo ele, graças ao modo de sua aplicação, que é ponderativa, que se dissocia da aplicação por meio da subsunção, característica do modelo jurídico composto por regras e próprio do modelo anterior.

Entretanto, como sustenta Patrícia Baptista, “a inserção do discurso dos valores no Direito não importou, todavia, em um retorno puro e simples ao jusnaturalismo clássico, que procurava em critérios abstratos de justiça e moral a razão última das normas jurídicas”.¹⁸¹ Segundo ela, “uma ciência do Direito que se pretende pautar unicamente sobre valores apresenta tantas dificuldades de fundamentação e de legitimação quanto aquelas que sejam amparadas em teses puramente positivistas”.¹⁸²

Como se verá no capítulo relacionado à explicitação dos caracteres que dão forma à dignidade da pessoa humana, este valor-fonte do ordenamento jurídico brasileiro e fundamento da República, possui seus baldrames em valores tidos como morais. Nada obstante isso, com a sua positivação no sistema, a sua aplicação se dá por meio da sua referência enquanto integrante do próprio ordenamento jurídico, haja vista que o novo Constitucionalismo, “afastando-se

¹⁸¹ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 83.

¹⁸² BAPTISTA, Patrícia. *Id. Ibid.*

tanto do modelo positivista da jurisprudência dos conceitos, como do concebido pela jurisprudência dos valores, foi buscar o seu fundamento de validade nos princípios”.¹⁸³

2.2. O Sistema Jurídico composto por Regras e Princípios.

A Constituição Federal de 1988 adotou uma técnica legislativa similar a quase todas as Cartas Constitucionais promulgadas após a primeira metade do século XX, correspondente à divisão do seu sistema entre as suas espécies normativas denominadas como princípios e como regras¹⁸⁴.

Sob uma perspectiva da vigência e da coercitividade, as regras e os princípios não diferem, porquanto ambos são comandos normativos vinculantes, imperativos e decorrentes da vontade do legislador constituinte¹⁸⁵. Além disso, do ponto de vista formal, possuem o mesmo *status* normativo, pois presentes na Constituição e, por isso, são dotadas de autoridade que confere rigidez e supremacia Constitucional em igual medida a essas duas espécies normativas.

Apesar dessas semelhanças, houve ao longo do tempo – em especial durante o auge do positivismo jurídico – o delineamento de uma série de distinções com vistas a apartar essas espécies normativas.

Diante da inserção de normas de cunho principiológico nas Constituições ao lado das regras, houve, por parte de uma teoria tradicional, uma depreciação

¹⁸³ BAPTISTA, Patrícia. *Id.* p. 84.

¹⁸⁴ O primeiro autor a explicitar a divisão normativa entre princípios e regras foi Ronald Dworkin. Para o autor, além destas espécies existem as diretrizes. Para ele, “a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão (...) Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância”. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos...**, p. 39 e 42.

¹⁸⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito Constitucional: Anotações Nucleares**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 97.

acerca dos princípios, visto que esses não passavam de conselhos éticos ou morais, aos quais os legisladores e os administradores não estavam vinculados. Isso porque, para essas teorias, um enunciado lingüístico jurídico ter um caráter principiológico significaria ter retirada a sua normatividade¹⁸⁶.

Essa divisão entre princípios e regras elaborada pelas teorias positivistas pode ser explicada pela conexão que se fazia na aplicação do Direito à subsunção entre a descrição abstrata de um fato, com a imputação de conseqüências pela regra.

Os fatos existentes no mundo real conformam apenas pressupostos lógicos para a realização da norma, não constituindo o direito propriamente dito, porque em se tratando de pressupostos do direito, não o constituíam.

Esse mecanismo lógico de realização desse modelo normativo, fundado na subsunção dos fatos às regras, funcionava com facilidade diante das regras, sob o silogismo seqüencial do fato, norma e subsunção do fato à norma, que propicia o resultado final.

Nessa linha é que Paulo Ricardo Schier afirma que “as descrições mais concretas desta espécie de normatividade permitiam, com funtores deônticos mais delimitados, uma operação lógica dotada de certa segurança”.¹⁸⁷ A partir da leitura pura e simples de uma regra é possível a identificação imediata do que é permitido (autorizado), proibido ou obrigado a se concretizar. A assimilação da conduta a ser levada a efeito, por conseguinte, nas regras, mostra-se evidente.

Os princípios, porém, dotados de elevada carga axiológica, de baixa densidade normativa e de alto grau de indeterminação e de abstração, por sua natureza acima explicitada, não funcionam nos casos estritamente formais antes

¹⁸⁶ Na atualidade não é a inserção dos princípios no ordenamento jurídica a grande novidade. O que há de singular, na quadra histórica contemporânea, é a plena normatividade dessa espécie normativa. BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito Constitucional brasileiro (pós-Modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In: **A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas**. Ana Paula de Barcellos... [et. al.]; organizador: Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 29.

¹⁸⁷ SCHIER, Paulo Ricardo. *Op. cit.*, p. 98.

indicados, pelo que a eles não se aplica a lógica da subsunção rígida formada no auge do positivismo¹⁸⁸.

Os elementos deônticos dos princípios – autorizado, proibido e obrigado – não são evidentes (e nem precisam e deveriam ser), pelo que os teóricos do positivismo retiraram deles a sua normatividade, colocando-os como meros “conselhos” e diretrizes ao intérprete. Esse *estado da arte* positivista pode ser verificado com a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro que, com seu objetivo, de funcionar como “guia” de aplicação e interpretação do direito, estabelecia a aplicação dos princípios apenas na inexistência de lei, na impossibilidade de interpretação analógica e na impossibilidade de incidência de critérios de equidade¹⁸⁹.

Nada obstante isso, com o advento das Constituições contemporâneas com uma índole eminentemente principiológica, houve uma superação do modelo positivista tradicional, porquanto a sua feição encontrava dificuldades na concretização pelo modelo das teorias tradicionais da norma jurídica, uma vez que não se aplicam pelo método de subsunção dos fatos à regra, mas sim por meio, a rigor, da ponderação entre os princípios que possuem aplicabilidade em relação ao substrato fático.

Nessa linha, passou-se a delinear uma teoria adequada à interpretação dos princípios com vistas à sua realização, o que passou a impor uma visão que comportasse a sua normatividade¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Nesse passo, argumenta Juarez Freitas que “os princípios são diretrizes hierarquizáveis como superiores às regras, por definição. Estas, de sua vez, não se restringem a meras descrições de conduta, pois operam, por assim dizer, como normas-meio para o incremento da efetividade sistemática e sistematizadora das finalidades maiores incorporadas, sem unilateralismo, pela rede de princípios fundamentais, em processo de circularidade hermenêutica”. FREITAS, Juarez. **Como Interpretar a Constituição**. In: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, nº 05. 2004. p. 397.

¹⁸⁹ Consoante se depreende da leitura do artigo 4º da lei 4657/1942, Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

¹⁹⁰ Uma teoria Constitucional adequada à realização dos princípios “está intrinsecamente conectada às características do Constitucionalismo recente e à superação do pensamento jurídico formalista, que, como é sabido, atribuía a estes uma função meramente coadjuvante na interpretação. Isso se explica pelo fato de que os princípios, tradicionalmente, sempre estiveram atrelados à noções conflitantes com a premissa positivista de que direito e moral são realidades

Com isso, houve o estabelecimento de critérios aptos para distinguir regras e princípios que passam pela diferenciação, a partir de sua funcionalidade, dentre outros.

Essa nova perspectiva partiu da superação das teorias tradicionais do Direito baseadas em uma idéia de interpretação e aplicação do direito fundada unicamente na identidade entre texto e norma. Nessa linha, passa-se a ter a concretização da Constituição, por meio de uma atividade hermenêutica a partir de uma diferenciação acerca da estrutura da norma¹⁹¹.

Tal metodologia, conforme enuncia Paulo Ricardo Schier, inicia-se com (i) a consideração da norma como elemento primário do processo interpretativo; (ii) a mediação (captação/obtenção) do conteúdo (significado/sentido/intenção) semântico do texto Constitucional, como tarefa primeira da hermenêutica jurídica Constitucional e, ainda, (iii) independente do sentido que se der ao elemento literal (gramatical/filológico), o processo concretizador da norma da Constituição começa com a atribuição de um significado aos enunciados lingüísticos do texto Constitucional.¹⁹²

A metódica acima explicitada não induz à negação da aplicação dos critérios tradicionais de interpretação da norma jurídica, apenas aponta para a sua insuficiência em face da hermenêutica que os princípios exigem, porquanto eles necessitam de novos aportes teóricos para a sua interpretação. Nessa linha é que se afirma que a estrutura de concretização dos princípios constitucionais pode ser dividida em cinco momentos: (i) a apuração semântica do texto, (ii) a

distintas e separadas". E isso porque "na visão do positivismo legalista, o Direito era concebido como um sistema puro e fechado de regras, cabendo aos princípios o papel secundário de auxiliar a colmatação de lacunas e de orientar a atividade interpretativa. Não se admitia, nesse modelo, que o processo hermenêutico, pudesse operar com valores ou com a densificação de normas extremamente abertas, já que esta atividade poderia comprometer a segurança e a objetividade necessárias à aplicação da lei". In: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 92.

¹⁹¹ ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 82.

¹⁹² SCHIER, Paulo Ricardo. *Id.* p. 101.

interpretação do texto com a atribuição de sentidos, (iii) a averiguação do componente fático; (iv) a interpretação dessa realidade fática e (v) a contextualização dos componentes fáticos e textuais¹⁹³.

Os dois primeiros momentos resultam no que usualmente passou-se a denominar como *programa normativo*; na conjugação dos terceiro e quarto momentos as teorias concretistas passaram a chamar de *domínio ou setor normativo*, de modo que, da contextualização entre o *programa* com o *setor* ou *domínio*, chega-se, finalmente, à efetiva norma, de modo que essa passa a ser não o ponto de partida da interpretação, mais sim o produto final dessa atividade¹⁹⁴.

Nesse passo, é apenas com a contextualização do programa com o setor que se obtém a norma Constitucional. O programa normativo é fundamental para que se tenha abertura com a faticidade, ou seja, para a realidade social. Tal abertura, nesse processo, não se descola, porém, do elemento jurídico normativo, que permanece presente.

Assim, sob essa linha, não prevalecem nem os fatores reais de poder, nem o texto, de onde se pode falar na bipolaridade a respeito da força normativa da Constituição¹⁹⁵.

Essa ligação entre os fatos e as normas, pode ser tomado como o *modus operandi* dos princípios, que tem a sua força normativa¹⁹⁶ para além do processo de subsunção formal próprio do período positivista.

Esta concepção da estrutura da norma jurídica aberta à realidade, haja vista que a norma somente irá existir diante do seu cotejo com a realidade fática, deu ensejo a uma explicação da concretização dos princípios, que perpassa também por teorias que explicam a sua diferenciação em face das regras, como

¹⁹³ SCHIER, Paulo Ricardo. *Id. Ibid.*

¹⁹⁴ SCHIER, Paulo Ricardo. *Id. Ibid.*

¹⁹⁵ Cf. HESSE, Konrad. *Op. cit.*

¹⁹⁶ HESSE, Konrad. *Op. cit.*, p. 25.

espécies normativas.

A seguir, buscar-se-á promover a explicitação das principais teorias que intentam explicar a diversificação entre princípios e regras¹⁹⁷.

Nesse passo, o primeiro critério levado a efeito para a promoção dessa distinção é o do grau de abstração. Segundo ele, os princípios seriam enunciados normativos com certo nível de abstração e, portanto, grau de indeterminação relativamente mais elevado que as regras. A maior abstração dos princípios deriva da sua natureza axiológica, que propicia aos princípios um grau descritivo mais genérico e abstrato que as regras, cuja determinação é, inegavelmente, maior.

Ainda que esse critério seja válido, ele é insuficiente para a demonstração completa da distinção, porquanto todos os enunciados normativos são, em algum grau, abstratos, genéricos e hipotéticos, mesmo as regras, pelo que se apresenta como um critério apenas relativo para a diferenciação entre princípios e regras.

Além desse primeiro critério, esboçou a doutrina um outro critério denominado de normogenético, ou seja, relacionado à origem do preceito normativo. Segundo esse critério, todas as regras decorreriam de um princípio. Sob essa determinação, as regras seriam concretizações ou ainda uma densificação dos princípios, de modo que elas somente se justificariam na medida em que se voltassem a realizar os princípios dos quais decorreriam.

Sob a perspectiva contrária, poder-se-ia argumentar que os princípios funcionam como uma fonte das regras, ou seja, conferem a elas, substância. Nas palavras de Paulo Ricardo Schier, nessa linha, os princípios estariam “grávidos” de regras¹⁹⁸, haja vista que dos princípios poder-se-ia extrair tantas regras quanto fossem necessárias para a regulação jurídica (e também, Constitucional) das

¹⁹⁷ A partir da classificação levada a efeito por Ronald Dworkin, Robert Alexy aprofundou esta temática, distinguindo as espécies normativas entre regras e princípios a partir dos critérios relacionados à justfundamentabilidade das normas, a partir da classificação dos princípios como mandados de otimização; a partir da forma de colisão aplicada a cada uma das duas espécies, dentre outros. ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 81 e seguintes.

¹⁹⁸ SCHIER, Paulo Ricardo. *Op. cit.*, p. 102.

condutas. Os princípios, nessa linha, aplicar-se-iam e realizar-se-iam por meio de regras. E, mesmo quando não há regras, eles podem ser aplicados diretamente aos casos concretos.

A partir desse critério normogenético é que se passa a perceber a mudança paradigmática entre a aplicação dos princípios e das regras.

Com efeito, estabelece este critério que, como toda regra deriva de um princípio que a legitima, toda a interpretação do direito deve tê-los como ponto de partida. Desse modo, os princípios deixam de ser os últimos mecanismos a serem levados a efeito, para se tornarem o núcleo do sistema, de maneira que eles passam a fundamentar o sistema, não sob uma perspectiva transcendental, mas sim concreta, pois se fala de princípios reconhecidos pelo Poder Constituinte como jurídicos, uma vez que estarão presentes no ordenamento, ainda que implícitos.

Não se pode descurar, porém, do fato de que, ao se aludir aos princípios, está-se a referir-se a elementos axiológicos que, em determinado momento histórico, são positivados. Mas os princípios não se constituem, propriamente, nesses elementos axiológicos ou valorativos. E isso porque eles representam a inserção de um determinado valor no sistema, de modo que o valor, integrado nele por meio de um princípio, pode ser limitado, como todos os outros princípios.

Nessa linha, os princípios podem ser limitados, pois possuem delimitação normativa, ao passo que os valores não são limitados, mas também não possuem um âmbito de aplicação delimitado.

Por essa proximidade maior dos princípios aos valores do que as regras, em relação a eles, foi levado a efeito pela doutrina outro critério distintivo: o da densidade axiológica. Por meio desse critério, os princípios deteriam uma carga axiológica maior do que as regras. Tal critério, porém, mais explicita um efeito da distinção do que o elemento que lhe dá causa.

Face à insuficiência desses critérios para a explicitação adequada da

distinção entre regras e princípios como espécies normativas¹⁹⁹, há a necessidade de se estudar novas formas de diferenciá-los, como buscam fazer as teorias contemporâneas, pós-positivistas²⁰⁰, que levaram a efeito o critério funcional para distinguir essas espécies normativas.

A dogmática pós-positivista, visando a diferenciar essas espécies normativas, levou a efeito o critério funcional. Esse critério foi esquematizado a partir da constatação de que é inviável a existência de um sistema jurídico formado apenas por regras, haja vista que inexisteriam mecanismos seguros para a resolução de casos difíceis, assim como seria impossível a existência de um sistema jurídico formado tão-só por princípios, em face da imprecisão dos seus enunciados, o que promoveria uma ausência de uniformidade na aplicação do Direito²⁰¹.

Desse modo, é inquestionável a necessidade de o sistema jurídico ser formado tanto por princípios, como por regras, uma vez que cada uma dessas espécies normativas comportam funções diferenciadas no sistema, dando ensejo à criação desse critério denominado funcional.

Nessa perspectiva, se por um ângulo as regras prescrevem imperativamente uma exigência do que pode ou não ser observado, indicando elementos deônticos evidentes desde logo (imposição, autorização ou proibição de uma conduta), os princípios, por outro vértice, são espécies normativas que impõem a otimização do sistema, sendo aplicáveis sob um regime de compatibilização, de modo a serem condicionados pelos critérios fáticos e

¹⁹⁹ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 85.

²⁰⁰ A corrente teórica do pós-positivismo, que busca demonstrar a plena eficácia dos princípios como espécie normativa ao lado das regras, é também denominada como principialismo e, por alguns autores também como neoConstitucionalismo. Não existe, porém, como delimitar todos os autores que fazem parte desses movimentos em uma única denominação. Cf. CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

²⁰¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: Uma Contribuição ao estudo das restrições aos Direitos Fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 90 e seguintes.

também por juízos jurídicos²⁰².

As regras, assim, aplicam-se sob a lógica do tudo ou nada²⁰³, pois não deixam espaço para qualquer outra solução, ou são válidas e se aplicam, devendo ser cumpridas na exata medida das suas prescrições, ou não.

Os princípios, por sua vez, ao contrário das regras, permitem o seu balanceamento e ponderação com outros princípios que, eventualmente, podem ser conflitantes ou incompatíveis. Nessa linha, eles se aplicam consoante o seu peso ou importância²⁰⁴, de modo que podem ser harmonizados, com vistas à realização dos seus *standards*.

Conseqüentemente, a dimensão principiológica coloca a Constituição como o alicerce material de toda a ordem jurídica e revela a superação do ideário do Estado de Direito que tem a sua dimensão axiológica transformada, dando fundamento aos alicerces do Estado Constitucional, que consagra o momento *pós-positivista*, em que há a afirmação da normatividade e da plena vinculação dos Poderes Públicos aos princípios constitucionais.

Como decorrência da plena normatividade dos princípios, tem-se a possibilidade de realização dos programas previstos na Constituição, como será abaixo explorado.

2.3. A Constituição que efetivamente constitui: O Dirigismo Constitucional.

O Estado Constitucional traz uma diferença essencial em sua Constituição em relação à Carta Magna do Estado de Direito: trata-se da sua programaticidade ou do seu dirigismo. Isto é, significa que a norma suprema do ordenamento jurídico do Estado Constitucional não pretende mais apenas

²⁰² SCHIER, Paulo Ricardo. *Op. cit.*, p. 102.

²⁰³ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 88.

²⁰⁴ Consoante argumenta Robert Alexy, “la colisión de principios – como solo pueden entrar en colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso”. In: ALEXY, Robert. *Id.* p. 89.

receber a estrutura econômica e social existente, mas conformá-la e/ou transformá-la. Nesse sentido, as Constituições programáticas ou dirigentes, como a Constituição Federal de 1988, tornam positivo, na forma de regras e princípios e de diretrizes e políticas a serem realizados na sociedade com vistas a que sejam alcançados certos objetivos.

No bojo de todas as Constituições dirigentes há o que a doutrina denomina de “cláusula transformadora”, que explicita a contradição entre a realidade social injusta e a necessidade de eliminá-la²⁰⁵. O artigo terceiro da Constituição Federal de 1988, além de integrar a fórmula política, apresenta-se como a cláusula transformadora brasileira. Dispõe o referido dispositivo 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; IV – Promover o Bem de Todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Essa modelo de cláusula transformadora, consoante indica Gilberto Bercovici²⁰⁶, também existe no artigo terceiro da Constituição Italiana de 1947: *“Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti la legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni, di condizioni personali e sociali”*. Igualmente existe essa cláusula de transformação no artigo nono, parágrafo segundo, da Constituição espanhola de 1978: *“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos em que se integra sean reales u efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos em la vida política, econômica, cultural y social”*.

Depreende-se dos dispositivos citados que o Estado fica impedido de considerar realizado o que ainda está por se realizar²⁰⁷, implicando na sua ação

²⁰⁵ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição...**, p. 36.

²⁰⁶ BERCOVICI, Gilberto. *Id. Ibid.*

²⁰⁷ BERCOVICI, Gilberto. *Id.* p. 37.

continua para a promoção da transformação social.

A eficácia desses dispositivos tem caráter dinâmico e progressivo, isto é, sempre *por vir, inacabado*. Ainda que a sua realização não implique a imediata reivindicação de prestações concretas do Estado, exige uma atitude constante e diligente do Estado no sentido do desenvolvimento econômico e social e, nos países como o Brasil, indica e objetiva a superação do subdesenvolvimento.

O caráter dirigente da Constituição é reconhecido pela Jurisprudência pátria, consoante se depreende de excerto abaixo:

A nossa Constituição de 1988, mais do que todas as Cartas e Constituições brasileiras anteriores, é 'dirigente' (*dirigierende Verfassung*) e 'programática' (*programmatische Verfassung*). Ela almeja 'construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3, I), erradicando 'a pobreza e a marginalidade e reduzir as desigualdades sociais e regionais' (inc. III). Em outras palavras, um dos objetivos fundamentais da nossa República Federativa é oferecer 'diretivas modeladoras' para a própria Sociedade, acenando com a intervenção do poder político na 'ordem econômica', 'financeira', 'cultural' e 'ambiental'. Essas normas programáticas se destinam especialmente aos Poderes Públicos. Ao legislativo, para que ele procure elaborar as normas infraconstitucionais consoante os 'programas' e 'tarefas' gizados pela Constituição. Ao Judiciário, para que ele igualmente exerça a denominada 'atualização Constitucional' (*Verfassungsaktualisierung*), ou seja, interprete as leis tal qual preceituado na Constituição. Acontece que no caso dos autos as normas maiores não estabeleceram de modo concreto a escalada de prioridade (...).²⁰⁸

Nada obstante isso, na contemporaneidade há uma pluralidade de autores que questionam o dirigismo Constitucional, a partir do prefácio da segunda edição levado a efeito por José Joaquim Gomes Canotilho em sua obra "Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas", em que o consagrado autor português proclamou a "morte" da Constituição Dirigente:

Em jeito de conclusão, dir-se-ia que a Constituição dirigente está morta se o dirigismo Constitucional for entendido como normativismo Constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto Constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de abertura do Direito Constitucional ao direito internacional e aos direitos supranacionais. Numa época de cidadanias múltiplas e de múltiplos de cidadania, seria prejudicial aos próprios cidadãos o fecho da Constituição erguendo-se à categoria de "linha Maginot" contra invasões agressivas dos Direitos Fundamentais.²⁰⁹

De acordo com Canotilho, o Constitucionalismo deveria deixar o seu

²⁰⁸ RE 63.128-9/GO. Rel. Min. Adhemar Maciel. Unânime. Sexta Turma. Julgado em 11/03/1996.

²⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente...**, p. XXIX.

“autismo nacionalista e patriótico” para se conscientizar da existência de outros mundos, de modo que projetos emancipatórios não poderiam ser concretizados à revelia da situação vivenciada pelos demais países do globo”.²¹⁰ Segundo o autor, “o Direito Constitucional teria deixado de ser uma disciplina dirigente, capaz de provocar modificações no campo do direito e na própria sociedade, para se tornar uma disciplina dirigida, de modo que ele deveria se adaptar “aos esquemas regulativos das novas associações abertas de Estados nacionais abertos”.²¹¹

Relativamente à conexão entre a Constituição e as tarefas atribuídas por ela ao Estado, a posição renovada de José Joaquim Gomes Canotilho indica que não caberia mais à Constituição fixar *políticas públicas* e incumbi-las ao Estado, mas apenas traçar seus fins e objetivos²¹².

Em seu prefácio, Canotilho promoveu, ainda, uma crítica à aplicabilidade das normas constitucionais, destacando que esta noção não poderia ser veiculada de forma dogmática, isto é, incontestável, e totalizante, haja vista que, segundo o autor, haveriam normas que necessitariam de complementação legislativa e isso não poderia ser negligenciado²¹³.

Essa nova posição gerou muita discussão na doutrina pátria, de modo que o professor de Coimbra foi convidado por um grupo de professores brasileiros a esclarecer o alcance do seu novo entendimento²¹⁴. Nessa

²¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Id.* p. XI.

²¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Id.* p. X e XII.

²¹² Nesse contexto, explana o autor que (...) sempre entendemos que o livre desenvolvimento da personalidade e a defesa da dignidade da pessoa humana postulam ética e juridicamente a positivação Constitucional dos chamados “direitos sociais”. Mas uma coisa é recortar juridicamente um catálogo de direitos de terceira geração e, outra, fazer acompanhar a positivação dos direitos de um complexo de imposições constitucionais tendencialmente conformadoras de políticas públicas de direitos econômicos, sociais e culturais. Assim, e para dar um exemplo, se é para nós indiscutível a consagração Constitucional de um direito de acesso a todos os graus de ensino, já é problemático plasmar na Constituição a “gratuidade” do acesso a todos os graus de ensino, não só porque isso pode regidificar demasiadamente a política pública de ensino, mas também porque pode lançar a Constituição nas querelas dos “limites do Estado social” e da “ingovernabilidade”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Id.* p. XX.

²¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Id.* p. XV.

²¹⁴ Cf. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição**

oportunidade, José Joaquim Gomes Canotilho explicou que ainda reconhecia “algumas dimensões de programaticidade: o legislador não tem absoluta liberdade de conformação, antes tem de mover-se dentro do enquadramento Constitucional”.²¹⁵

A partir dessa segunda visão, a dimensão de direção da atuação do Estado nacional, mediante a previsão de *políticas públicas*, mereceria uma nova leitura, porquanto, na medida em que os regulamentos internacionais tinham o poder e o alcance de influenciar as relações jurídicas e sociais tomadas na esfera interna. O Estado não poderia ficar aprisionado a programas políticos previamente estipulados pelo texto Constitucional.

Com efeito, deve-se ter em conta que as críticas de Canotilho ao seu texto pretérito se contextualiza com o momento histórico, social e político vivido pela nação portuguesa na atualidade, que se difere por completo do quadro histórico nacional vivido quando da edição da Constituição Portuguesa de 1976. De fato, na realidade atual portuguesa não há mais que se falar em uma programaticidade emancipatória que dirigiria a nação em direção ao socialismo real, ainda mais em um momento de inserção de Portugal na União Européia, em que se busca uma identificação de regimes sócio-econômicos entre os seus países membros.

Essa nova posição, entretanto, de crítica à programaticidade Constitucional, que levada o Estado português a um paradigma jurídico-econômico de índole socialista, parece se dirigir apenas aos modelos constitucionais que pretendem dirigir a sociedade a um outro modelo econômico-social, como é o caso da Constituição da República Portuguesa de 1976. Caso essa crítica ao dirigismo Constitucional vá, além disso, há que se ter em mente que essa teoria parece não se adequar propriamente ao grave quadro

Dirigente. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

²¹⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Id.* p. 15.

social brasileiro, uma vez que, no Brasil, há a necessidade, ainda, da efetivação de uma dogmática que seja emancipatória, no sentido de buscar a superação das desigualdades regionais, à erradicação da pobreza e à salvaguarda da dignidade da pessoa humana, como se tentará delinear no tópico seguinte.

2.4. A Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia.

Com base na crítica levada a efeito por José Joaquim Gomes Canotilho, diversos autores buscaram resgatar a teoria da Constituição Dirigente para aplicá-la em países em que as promessas da Modernidade, fundada na razão, com busca à emancipação humana, não se realizaram²¹⁶.

Ainda que fosse possível se admitir que a Constituição, na atualidade (e nos países centrais), não poderia mais ser vista como fundamento último de toda a atuação estatal e social, ela não perderia, nos países periféricos como o Brasil, o seu caráter *dirigente, constituidor e programático*, que se relaciona com a “proteção e implementação dos Direitos Fundamentais-sociais até então (e no Brasil até hoje) sonogados pelo paradigma liberal-individualista-normativista”.²¹⁷

O dirigismo Constitucional mantém-se relevante, consoante Lênio Luiz Streck, na medida em que a Constituição procurou gerar uma idéia de estabilidade social calcada no combate a três espécies de violências: (i) a violência à segurança e à liberdade, mediante a imposição da ordem e do direito, (ii) a violência oriunda da desigualdade política, mediante a instituição da democracia com base na liberdade; e (iii) a violência decorrente da pobreza que passou a ser combatida com a precisão de projetos de sociabilidade. Nos países que ainda se vêem engajados no combate a essas violências, há a

²¹⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito**. 2. edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 122.

²¹⁷ STRECK, Lênio Luiz. *Id.* 126.

necessidade da manutenção da força normativa da Constituição, como mecanismo de condicionamento da atuação do Estado na sociedade²¹⁸.

O Brasil se encontra entre esses países, de desenvolvimento tardio, de modo que se faz necessária uma leitura do dirigismo Constitucional adaptada à realidade pátria²¹⁹.

Para Lênio Luiz Streck, essa leitura pode ser revelada por meio da chamada “Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países de Modernidade Tardia (TCDAPMT), como conteúdo compromissório mínimo a constar no texto Constitucional, bem como os correspondentes mecanismos de acesso à jurisdição Constitucional e de participação democrática”.²²⁰

Essa teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países de Modernidade Tardia, no contexto acima indicado, deve elaborar os mecanismos necessários para a realização das promessas não integralmente cumpridas pela Modernidade, por meio de uma interligação entre a teoria do Direito e a teoria do Estado. Ainda que a Constituição não possa sozinha, nem arbitrariamente, trilhar o caminho da realização dos ideais modernos de igualdade, liberdade e justiça, ela pode, e deve ser dirigente, no sentido de vincular o legislador e o administrador público ao substrato material de suas normas, uma vez que o Direito permanece como um instrumento de implementação de *políticas públicas*²²¹.

Essa espécie de dirigismo Constitucional, voltado aos países de Modernidade tardia, não representa uma clausura para o Administrador Público, porquanto mantém o seu texto aberto e arejado, para novas leituras. O ponto

²¹⁸ STRECK, Lênio Luiz. *Id.* 132.

²¹⁹ Não se pode olvidar, outrossim, que o caráter programático da Constituição Federal de 1988, ao lado da sua amplitude, representam grandes destaques da Carta Constitucional brasileira em face das demais, outorgadas a outros Estados.

²²⁰ STRECK, Lênio Luiz. **O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Sociais-Fundamentais.** In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 193.

²²¹ STRECK, Lênio Luiz. **O papel da jurisdição...**, p. 195.

central que destaca essa programaticidade, é a garantia da plena normatividade dos seus comandos, a ponto de salvaguardar a realização dos direitos necessários para a concretização dos valores da Modernidade irrealizada.

Destarte, essa concepção de programaticidade Constitucional, que se apresenta exclusivamente no Estado Constitucional, é que será realizada a apreensão do tema relacionado às *políticas públicas* no presente trabalho. Antes disso, porém, conveniente se mostra o exame da superação da noção monolítica do *interesse público*, própria do Estado de Direito, até o atingimento da atual perspectiva acerca dos fins do Estado Constitucional, éticos e plurais.

Demonstrar-se-á, outrossim, a necessidade da leitura da rubrica *interesse público* em face dos elementos axiológicos que regem o Estado na contemporaneidade.

CAPÍTULO III

DO INTERESSE PÚBLICO AOS INTERESSES PÚBLICOS: A ÍNDOLE ÉTICA E A PLURALIDADE DOS FINS DO ESTADO CONSTITUCIONAL.

*“a questão do interesse público, contudo, permanece, sem dúvida, sendo a grande questão do Direito Administrativo, ainda que os administrativistas, em regra, não a discutam”.*²²²

*“nem um homem nesta terra é repúblico, nem zela ou trata do bem comum, senão cada um do bem particular”.*²²³

Ao tempo do Estado de Direito, como decorrência da busca pela submissão do poder do soberano à legalidade, houve o delineamento do Direito Administrativo, que se constituiu como o ramo jurídico voltado à proteção dos

²²² GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto...**, p. 124.

²²³ Essa é a desalentada constatação levada a efeito por Frei Vicente do Salvador, considerado o primeiro historiador do Brasil, sobre as terras coloniais portuguesas. **História do Brasil**, 1627. Livro Primeiro, Capítulo Segundo.

cidadãos em face dos poderes despóticos, assim como relacionado à disciplina jurídica dos fins do Estado, que se subsumiam à rubrica do *interesse público*.

Fundamentalmente, o Direito Administrativo moderno se alicerçou sobre duas idéias fundamentais, que constituíam o seu escopo: (i) a proteção dos direitos individuais frente ao Estado, da qual se erigiu o princípio da legalidade e (ii) a necessidade de satisfação das necessidades e interesses coletivos, cuja implementação dependia da outorga à Administração Pública de prerrogativas e privilégios próprios.²²⁴ Dentre esses privilégios, caberia à Administração a possibilidade de escolha de quais necessidades coletivas e quais interesses públicos deveriam ser satisfeitos, sendo que, após terem sido eleitos, a sua realização não poderia ser objeto de transigência, pois estaria no âmbito de comprometimento (das sujeições) da Administração Pública.

Ainda que a realização das atividades que se sintetizam na idéia de *interesse público* fossem obrigatórias, não se buscava compreender, na esfera da Administração Pública, o que efetivamente poderia ser tomado como *interesse público*. Em razão disso, a doutrina, nos últimos anos, passou a questionar o que integraria o *interesse público*²²⁵, haja vista que, como categoria proveniente de um modelo de Estado autoritário²²⁶, representava uma fórmula de imunização das decisões políticas, as quais, albergando as mais variadas situações e posições fáticas e jurídicas, eram subsumidas a esse interesse tido como público.

Atualmente, questiona-se, além do que efetivamente seria o *interesse*

²²⁴Nesse sentido, afirma Maria Sylvia Zanella DI PIETRO: “Daí a bipolaridade do Direito Administrativo: liberdade do indivíduo e autoridade da Administração; **restrições e prerrogativas**. Para assegurar-se a liberdade, sujeita-se a Administração Pública à observância da lei; é a aplicação, ao direito público, do **princípio da legalidade**. Para assegurar-se a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, são-lhe outorgados prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar a supremacia do interesse público sobre o particular”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14ª ed., São Paulo: Atlas, 2002. p. 65.

²²⁵ BRAYBROOKE, David. **O Interesse público: O Presente e o Futuro do Conceito**. In: **O Interesse público: Chave Essencial da Política pública**. In: FRIEDRICH, Carl. (Org.) **O Interesse público**. Trad. de Edílson Alkmin Cunha. São Paulo: O Cruzeiro, 1967. p. 135.

²²⁶ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de Interesse público e a Personalização do Direito Administrativo**. In: Revista Trimestral de Direito Público. nº 26. São Paulo: Malheiros, 1999.

público, quais seriam as questões de *interesse público* presentes na sociedade²²⁷. Entretanto, como se trata de uma categoria temporalmente cambiante, a sua compreensão depende da deliberação política para se obter um mínimo consenso sobre ele.

Na atualidade, não se pode descurar que os interesses públicos são provenientes de acordos na esfera pública, onde se formam, desde que se compreenda a esta esfera como um *locus* onde são identificados os interesses públicos²²⁸, isto é, como um local da disputabilidade intersubjetiva, no qual será formado o *interesse público*.

Em razão do acima exposto, conveniente se mostra, agora, o estudo de como pode se dar a delimitação desse conceito presentemente, a partir dos limites e das possibilidades que o debate político, jurídico e social brasileiro propiciam, consoante será adiante apresentado.

3.1. O *Interesse público* e a importância da sua utilização na atualidade.

O *interesse público* se constituiu, conforme acima descrito, como a principal categoria do Direito Administrativo²²⁹. Foi em torno dele, com vistas à sua persecução pela Administração Pública, que essa disciplina jurídica desenvolveu a maioria dos seus caracteres.

Sem embargo disso, a doutrina, ainda que sempre tratando de questões que apresentam imediata pertinência com o *interesse público*, raramente voltou-se a examinar, com maior profundidade, o que seria efetivamente esse *interesse público*.

²²⁷ Em geral e, principalmente para as teorias relativas à comunicação social, para que algo seja de interesse público, é preciso que atraia a atenção de uma multiplicidade de pessoas em um determinado tempo e local, diferindo, portanto, da noção jurídica acerca do interesse público.

²²⁸ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural...**, p. 09 e seguintes.

²²⁹ Para alguns autores, ele foi tomado, inclusive, como o fundamento do Direito Administrativo, como se depreende da obra de Héctor Jorge Escola, denominada como **El Interés Público como Fundamento Del Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1989.

Como será explicitado no transcorrer do capítulo, o *interesse público* foi tido tanto como um conceito jurídico indeterminado, tanto como o somatório dos interesses privados, quanto como o interesse das majorias etc. Todas essas tentativas de delimitá-lo, porém, nunca se mostraram suficientes para explicitar, efetivamente, o seu núcleo conceitual, isto é, a sua natureza em si. Nesse sentido argumenta C.W. Cassinelli, para quem:

Políticos, funcionários públicos, jornalistas e professores de ciência política desde muito fazem uso da expressão "*interesse público*" sem visível embaraço e presumivelmente na expectativa de serem compreendidos. Recentemente, alguns autores têm posto em dúvida a propriedade dessa atitude sem crítica; têm procurado uma definição do *interesse público* e ocasionalmente têm sugerido que não é possível defini-lo.²³⁰

E essa dificuldade em delimitá-lo torna a sua aplicação mais complexa, porquanto serve como expressão de amparo das ações dos governantes ao controle jurídico e, portanto, jurisdicional, uma vez que ações das mais diversas espécies poderiam ser subsumidas à expressão *interesse público*, mesmo as atividades realizadas a partir da vontade arbitrária do governante. Nesse sentido, manifesta-se Marçal Justen Filho, para quem "a expressão *interesse público* elimina a possibilidade de crítica, imuniza as decisões estatais e permite que o governante faça o que ele acha que deva ser feito sem a possibilidade de uma comprovação de que seja aquilo, efetivamente, o que é mais compatível com a democracia e com a conveniência coletiva".²³¹

Por essa razão, a partir da década de 1990, no Brasil, diversos autores passaram a questionar, enfim, o que estaria contido neste conceito, de, até então, importância capital para a definição de *políticas públicas* e para o Direito do Estado. Nesse diapasão, Gerhard Colm exprime que:

O vago conceito de *interesse público* perde grande parte de sua imprecisão em consequência de debates políticos, de interpretações judiciais e de traduções em metas específicas de atuação e realizações econômicas. O fato é que é difícil imaginar que políticos, estadistas, juizes e funcionários ocupados na formulação de políticas de governo possam prescindir desse conceito. Até uma pessoa que seja inteiramente agnóstica com

²³⁰ CASSINELLI, C. W. **O Interesse público na Ética Política**. In: FRIEDRICH, Carl. (Org.) **O Interesse público**. Trad. de Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: O Cruzeiro, 1967. p. 54.

²³¹ Matéria publicada no periódico Gazeta do Povo, em 15 de maio de 2005 à página 22, denominada "Os Perigos do Interesse público".

relação ao *interesse público* como uma idéia metassociológica pode verificar que o conceito é necessário pelo menos como uma hipóteses exequível, independentemente de sua correspondência com uma “realidade”.²³²

Passados vários anos a partir do início da discussão sobre a dificuldade que a terminologia *interesse público* traz em si, determinados doutrinadores passaram a advogar a substituição da expressão *interesse público*, como finalidade do Estado, pelos escopos da dignidade da pessoa humana e dos Direitos Fundamentais²³³.

Ainda que estes direitos, em alguma medida derivados do ideário da dignidade humana, componham os fins a que o Estado está também adstrito, para usar a expressão²³⁴ de Rui Cirne Lima, deixar de utilizar todo o arcabouço teórico desenvolvido sobre o *interesse público* pode significar um retrocesso para a doutrina, haja vista que se trata de uma expressão de cunho universal, amplo, que, de certa forma imprecisa, permite que o Estado não fique restrito à salvaguarda dos direitos individuais, mas se volte à satisfação dos direitos coletivos, sociais.

Por essa razão, a substituição do *interesse público* pelos Direitos Fundamentais deve ser realizada com ressalva, na medida em que, sendo ela implementada, deve ser pela indicação explícita de quais Direitos Fundamentais deverão ser promovidos. Senão, corre-se o risco de deixar de lado uma expressão que, ainda que apresente dificuldades para a sua delimitação, possui uma conotação plural, coletiva, que se estende aos Direitos Fundamentais sociais.

²³² **O Interesse público: Chave Essencial da Política pública.** In: FRIEDRICH, Carl. (Org.) **O Interesse público.** Trad. de Edílson Alkmin Cunha. São Paulo: O Cruzeiro, 1967. p. 133.

²³³ A partir da leitura de Marçal Justen Filho, tem-se que o autor propugna que o interesse público deva ser substituído, no âmbito do Direito Público, pela noção de Direitos Fundamentais, como se depreende de sua definição do Regime Jurídico de Direito Público: “o regime jurídico de direito publico consiste no conjunto de normas jurídicas que disciplinam o desempenho de atividades e de organizações de interesse coletivo, vinculadas diretamente ou indiretamente à realização dos Direitos Fundamentais, caracterizado pela ausência de disponibilidade e pela vinculação à satisfação de determinados fins”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2005. p. 48.

²³⁴ LIMA, Rui Cirne. **Princípios de Direito Administrativo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982. p. 18.

A sua substituição pelos Direitos Fundamentais, sem indicar quais seriam, efetivamente, esses direitos, pode significar um retrocesso, quando se interpretar esses direitos apenas como os Direitos Fundamentais de primeira dimensão, como os políticos e os individuais, em pleno desacordo com o atual estágio da teoria do Estado.

Ainda que criticado na contemporaneidade, é impositivo o estudo do *interesse público*, conforme se demonstrará no transcorrer deste capítulo, iniciando-se pela análise da crítica realizada por Paulo Otero acerca ilusão que o Direito Administrativo representou, quando do seu surgimento.

Como anteriormente sustentado, o Estado com o qual os particulares mantêm relações intermediadas pelo Direito Administrativo é o modelo de organização moldado a partir do advento da Modernidade²³⁵. O Direito Administrativo, nessa época, surge como um arcabouço que, a um só tempo, (i) funcionaria como um instrumento de disciplina jurídica da ação política do Estado, estabelecendo funções e determinando obrigações ao Estado, tal como a perseguição dos interesses tidos ou qualificados como públicos, assim como (ii) um sistema normativo que se voltaria à limitação das ações do titular do poder político.

Nesse passo, descreve a história oficial que o Direito Público em geral, e o Direito Administrativo, por conseqüência, surgiram na tentativa de erradicação do poder absoluto, buscando retirar o poder do soberano despótico para que o poder estatal pudesse ser exercido pelo povo, seu titular, segundo a fórmula contratualista. Essa perspectiva do Direito Administrativo, como fonte maior da limitação do poder despótico, nutriu o mito reiterado de que essa seara do Direito teria uma origem *milagrosa*, conforme elucida Prosper Weil:

A própria existência de um Direito Administrativo é em alguma medida fruto de um milagre.

²³⁵ Toma-se aqui a definição levada a efeito por Marilena Chauí a respeito da Modernidade: “o movimento pelo qual o homem deixa de ser conduzido pela religião e a autoridade passa a conduzir seu próprio destino”. CHAUI, Marilena. *Op. cit.*, p. 346.

O direito que rege a actividade dos particulares é imposto a estes de fora e o respeito pelos direitos e obrigações que ele comporta encontra-se colocado sob a autoridade e a sanção de um poder exterior e superior: o do Estado. Mas causa admiração que o próprio Estado se considere 'ligado' (vinculado) pelo direito. (...) Não esqueçamos, aliás, as lições da história: a conquista do Estado pelo direito é relativamente recente e não está ainda terminado por toda a parte. (...) Para que o milagre se realize e se prolongue devem ser preenchidas diversas condições que dependem da forma do Estado, do prestígio do direito e dos juizes, do espírito do tempo.²³⁶

Entretanto, o surgimento do Direito Administrativo, como instrumento de garantia dos administrados em face do poder despótico, surgindo no período revolucionário francês²³⁷, não se deu exatamente desse modo, segundo sustenta Paulo Otero. A rigor, para o referido professor português, “a associação da gênese do Direito Administrativo ao advento do Estado de Direito e do princípio da separação de poderes na França pós-revolucionária caracteriza erro histórico e reprodução acrítica de um discurso de embotamento da realidade, repetido por sucessivas gerações (...)”.²³⁸

Há, portanto, conforme explicita Paulo Otero, uma ilusão, reiterada pela doutrina, de que o Direito Administrativo teria surgido como mecanismo de garantia dos direitos dos administrados.

E isso porque o surgimento desse ramo jurídico, que acabou por não suprimir antigos privilégios, mas consagrou (i) uma série de prerrogativas particulares para a Administração, (ii) um poder de atuação com ampla discricionariedade e (iii) a insindicabilidade do mérito das suas decisões, resultou em promover uma nova forma de reprodução das antigas práticas do regime pré-revolucionário e não a sua superação.

²³⁶ WEIL, Prosper. **O Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina Editora, 1977. p. 7 e seguintes.

²³⁷ Argumenta Gustavo Binbenbojm que “(...) a certidão de nascimento do Direito Administrativo foi a Lei 28 Pluviose do ano VIII, editada em 1800, nos albores da Revolução Francesa, organizando e limitando externamente a Administração Pública. Tal lei simbolizaria a superação da estrutura do poder do Antigo Regime fundada, não no direito, mas na vontade do soberano (quod regi placuit lex est). A mesma lei que organiza a estrutura da burocracia estatal e define suas funções operaria como instrumento de contenção do seu poder, agora subordinado à vontade heterônoma do Poder Legislativo”. BINENBOJM, Gustavo. **Da Supremacia do Interesse público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo**. In: SARMENTO, Daniel (org). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

²³⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Id.* p. 119.

Por esse motivo é que o autor português alude a um duplo equívoco na origem do Direito Administrativo: Em primeiro lugar haveria, desde o surgimento do ramo jurídico em tela (i) uma evidente contradição do Direito Administrativo em face do princípio da separação de poderes e igualmente haveria, como acima explicitado, (ii) uma ilusão garantística da sua gênese.

Argumenta Paulo Otero que o surgimento do Direito Administrativo como resultado da elaboração de novas regras e de princípios pelo *Conseil d'Etat* francês se revela contraditório com o princípio da separação de poderes, haja vista que, para o professor de Coimbra, o ativismo normativo da Corte de Estado francesa, que teria dado origem ao desenvolvimento pretoriano do Direito Administrativo, mostra-se incompatível com a concepção tradicional de aplicação judicial da lei, tal como formulada por Montesquieu.

Isso porque a jurisprudência da Corte substituíra o Legislador, agindo em seu lugar, ou em vez do parlamento. Ademais, todo esse Direito Administrativo pretoriano surgiu à margem da lei, fora do rótulo do direito comum, derogando os princípios de Rousseau e de Montesquieu. Abriu-se, por conseguinte, um amplo espaço de construção para o executivo de uma legalidade derogatória da lei. É por isso que se afirma que na interpretação francesa da separação de poderes, “julgar a Administração ainda é administrar”.²³⁹

É amplamente divulgado, ademais, que o Direito Administrativo nasce exatamente no momento em que o poder despótico aceita se submeter ao Direito, representando um milagre cada dia renovado, conforme a explicitação de Prosper Weil. Sustenta-se que o Direito Administrativo não seria o Direito de regência dos atos da Administração, mas o Direito de defesa da cidadania, contra a Administração.

Contudo, ao contrário do que é reiterado pelos manuais tradicionais, a criação de uma jurisdição administrativa particular, que subtraia a competência de

²³⁹ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública. O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 271.

juízo dos litígios administrativos dos tribunais comuns não teve qualquer intuito garantístico. Baseou-se, antes, na desconfiança dos revolucionários franceses em face dos Tribunais judiciais, com vistas a impedir que o espírito de hostilidade presente nos julgadores limitasse a liberdade de ação das autoridades administrativas revolucionárias.²⁴⁰

Criou-se, assim, um modelo de contencioso em que a Administração Pública julgaria a si própria. Em que o sistema do administrador-juiz não surge para garantir os particulares contra a Administração, antes tem a sua origem e a sua atuação vincada pela preocupação do poder executivo em ter a sua atuação subtraída do exame e do julgamento dos tribunais ordinários. Por isso é que se sustenta que essa forma de agir era característica do período anterior, despótico: “nesta matéria apenas encontramos a fórmula; ao Antigo Regime pertence a idéia”.²⁴¹

Entretanto, a doutrina, quase que à unanimidade, ignora essa crítica ao surgimento revolucionário ou milagroso do Direito Administrativo, tomando, enfim, essa seara como a garantidora da intangibilidade da esfera dos particulares pelo Estado, assim como mecanismo de disciplina jurídica da realização dos interesses públicos.

Argumentam muitos autores que o surgimento do Direito Administrativo fez com que o poder passasse a ser exercido por meio da lei, que expressaria, ao menos em tese, “a vontade geral segundo o dogma rousseauiano”.²⁴²

Essa vontade geral, consoante os autores contratualistas, foi subsumida pelo Direito Administrativo não apenas à lei, mas ao ideário do *interesse público*, cuja realização, pelo Estado, legitimaria a autoridade estatal, pois esta estaria realizando o interesse de todos os membros da sociedade, buscando o bem

²⁴⁰ OTERO, Paulo. *Id.* p. 275.

²⁴¹ OTERO, Paulo, *Id. Ibid.*

²⁴² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Lengua de los Derechos. La formatem Del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa.** p 109.

comum, que, nessa perspectiva, era compreendido sob a rubrica do *interesse público*.

Sob esse entendimento, o *interesse público* era compreendido como “o bem comum que constitui a raiz ou a alma de uma sociedade política, englobando os fins primordiais que caracterizam e fundam o Estado como a forma (actualmente) mais perfeita de organização social (...): é o *interesse público* por natureza, a *salus pública*, que se pode exprimir sinteticamente na composição de necessidades do grupo para a realização da *Paz social* segundo uma idéia de *Justiça*”.²⁴³

Eis o porquê de o *interesse público* ter sido elevado a tão alta posição para o Direito Administrativo. A partir daí é que se passou a afirmar que o “*interesse público*, de tal modo, é a verdadeira razão de ser e a verdadeira explicação do Direito Administrativo, o seu real fundamento, o que permite superar a afirmação de que o Direito Administrativo é o direito da administração pública para substituí-la por uma mais exata e geral, ao nosso juízo, de que o Direito Administrativo é o direito do interesses público, buscado através da atividade administrativa”.²⁴⁴

Visto, portanto, que o Direito Administrativo não teve o seu surgimento relacionado *exatamente* com um “milagre”, representado pela submissão do soberano à lei, mas sim como um meio de legitimação de uma autoridade que, sob a autodenominação de revolucionária, buscava a satisfação dos seus próprios interesses, burgueses; impõe-se, agora, examinar o conteúdo desse interesse tido por público, assim como a configuração da função, chamada de pública, correspondente à tutela e à persecução desse interesse pelo Estado.

3.1.1. A Persecução do *Interesse público* e a Funcionalização do Direito.

²⁴³ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Interesse público**. In: Dicionário Jurídico da Administração Pública. Lisboa, 1993. p. 277.

²⁴⁴ ESCOLA, Jorge Héctor. **El Interes Público Como Fundamento Del Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1989. p. 236.

Com a desestruturação do modelo de Estado de Direito Liberal, devida à necessidade da intervenção estatal em determinados setores, ao menos com a sua intervenção normativa, fez com que a dimensão do Direito fosse revista, de modo que ele não poderia mais se sustentar apenas como um instrumento de garantia da preexistência da autonomia privada ou de direitos subjetivos em face de toda a comunidade. Nesse período, como será examinado no título subsequente, passou-se afirmar a dignidade humana como valor fundamental, não mais se admitindo direitos absolutos, seja do indivíduo, seja da coletividade, seja do Estado.

A disciplina jurídica, nessa linha, desenvolveu-se como meio de implementação dos fins eleitos pela comunidade e plasmados na Constituição. Ao mesmo tempo em que passou a vedar a existência de direitos ou poderes públicos a qualquer sujeito como modo de satisfação dos seus interesses exclusivos.

Não se tratou de negar a individualidade ou a autonomia privada dos sujeitos, mas sim a consagração de que a “individualidade não se faz às custas do sacrifício da individualidade alheia”.²⁴⁵

É nesse passo que se reconhece “a vinculação dos ‘direitos’ e ‘deveres’ individuais e coletivos relativamente à consecução de certos fins, que transcendem a situação transitória dos titulares”,²⁴⁶ de modo que, qualquer norma jurídica tem natureza instrumental, no sentido não do “locupletamento individual do titular, mas da realização do bem comum”.²⁴⁷ Tal situação é que recebe a denominação de função, ou seja, induz a vinculação do direito à realização de fins que transcendem o interesse de seu titular. Trata-se de um conceito

²⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de Serviços Públicos**. São Paulo: Dialética, 1997. p. 29.

²⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Id. Ibid.*

²⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Id. Ibid.*

originariamente sociológico que, muito utilizado no âmbito do Direito Público, passou a ter, nos últimos anos, ampla aplicação nas demais searas do ordenamento jurídico.

Em geral, tem-se que a função é a atribuição a um sujeito de um encargo de buscar a satisfação de um determinado interesse, transcendente à sua esfera pessoal. Em compensação à atribuição desse encargo, recebe o sujeito um poder jurídico, cujo conteúdo é variável. Afirma-se que o conceito de função é integrado por três elementos, quais sejam: a transcendência do interesse a ser realizado, o dever do sujeito de perseguir a realização desse interesse e a atribuição de poder jurídico necessário para a realização desse interesse²⁴⁸. O sujeito que realiza determinada função está submetido a uma série de deveres, representados pela doutrina como se fosse uma situação passiva:

A função produz situação passiva no sentido de que o sujeito tem deveres jurídicos a cumprir. Esses deveres se verificam em dois níveis distintos. Por um lado, o sujeito está obrigado a praticar todas as condutas necessárias e adequadas para atingir a satisfação do sujeito transcendente. Por outro, está proibido de praticar qualquer conduta incompatível com ou desnecessária para a satisfação do interesse transcendente. Esses deveres jurídicos são impostos no interesse da comunidade em seu todo.²⁴⁹

A tentativa de delimitação semântica desses deveres jurídicos se apresenta como essencial para a compreensão dos fins e das funções a que o Estado deve buscar satisfazer, consoante adiante explicitado.

²⁴⁸ JUSTEN FILHO. **Concessões...**, p. 30.

²⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Id. Ibid.* Exemplificando essa posição, afirma Marçal Justen Filho que, nessa linha, “um agente policial tem (dentre outras) a função de impedir a prática de crimes. Isso significa o dever de interferir sobre a conduta alheia que se revela apta à consumação de ato criminoso. Portanto, o agente policial terá o dever jurídico, por exemplo, de interferir sobre o agir alheio, visando a interromper o iter criminis, valendo-se se necessário e inclusive, do uso da força. Essa conduta do agente policial caracteriza, simultaneamente, um poder jurídico, no sentido de que o criminoso tem o dever jurídico de sujeitar-se a ele. Mais ainda, nenhum outro integrante da comunidade pode opor-se a essa conduta. É possível, ainda além, que o agente policial, no desempenho de suas atribuições, venha a impor constrangimentos também a conduta de terceiros, que não tenham qualquer vínculo subjetivo com a prática do crime. Assim, o agente policial poderá exigir que os passantes se afastem do local onde ocorreu ou que se identifiquem etc. Ou seja, o transeunte teria, em tese, a faculdade de transitar livremente por determinado local. Essa faculdade é suprimida em virtude de determinação do agente policial, que não pode ser validamente ignorada pelo passante. O fundamental está no reconhecimento de que a determinação do agente, proibindo o tráfego em certo local, caracteriza não propriamente um ‘direito subjetivo’ dele, mas simultaneamente um poder e um dever”.

3.2. *Interesse público*: Em Busca de uma Circunscrição Semântica Mínima.

De início, antes de se buscar promover qualquer consideração sobre a conceituação jurídica do *interesse público*, há de se reconhecer a imensa dificuldade da tarefa, inclusive, pelo fato de ele ser considerado, por muitos autores, ainda, um conceito jurídico indeterminado.

A noção de *interesse público* para o direito francês e para todos os que seguiram a mesma linha de desenvolvimento do sistema jurídico romano-germânico foi (e ainda é) utilizada como critério de caracterização do Direito Administrativo. Nessa linha, configura-se como o elemento teleológico a que todas as atividades administrativas deveriam se voltar.

Serviu também como mecanismo de diferenciação entre o direito público e o direito privado. Como explicitado no primeiro capítulo do Título Um, o Direito Público seria aquele que se voltaria à proteção e realização dos interesses públicos, em regra indisponíveis, ao passo que o Direito Privado seria aquele destinado à regulação dos interesses privados, em regra, disponíveis.

Além de atuar como critério de separação entre o direito público e o direito privado, deriva da concepção predominante do *interesse público*, a sua primordial função como *pedra de toque* do Regime Jurídico de Direito Público ou Administrativo; porquanto, da tradicional noção de *interesse público*, emanam dois postulados que atuaram como vetores na presidência do Direito Administrativo: a supremacia do *interesse público* sobre o interesse privado e a indisponibilidade do *interesse público*.

Nada obstante as múltiplas críticas levadas a efeito nos últimos anos sobre o ideário da supremacia²⁵⁰ do *interesse público* sobre o interesse privado,

²⁵⁰ Não se pode olvidar a pertinência das críticas sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Ele, o interesse público, conforme o regime de Direitos Fundamentais adotado pela Constituição de 1988, não é absoluto e, portanto, não prepondera, automaticamente, sobre os interesses privados. Como os Direitos Fundamentais não são absolutos, o interesse público também não o é. Nesse sentido, argumenta Alexandre Santos Aragão que “não há um interesse público abstratamente considerado que deva prevalecer sobre

segundo o ponto de vista ainda predominante, essa proeminência do *interesse público* sobre o interesse privado significa que os interesses privados não poderiam sobrepor-se aos interesses públicos²⁵¹. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, trata-se a supremacia do *interesse público* sobre o privado “de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos ou resguardados”.²⁵²

Dessa posição de superioridade para a Administração Pública decorreriam duas conseqüências: “(i) a posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo *interesse público* e de exprimi-lo, nas relações com os particulares e (ii) a posição de supremacia do órgão nas mesmas relações”.²⁵³

Já a indisponibilidade, nessa mesma vertente, significa a impossibilidade de sacrifício do *interesse público*, que tem obrigatoriedade de realização, pelo Estado. Na lição da doutrina, esse postulado significa que, “sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se

os interesses particulares eventualmente envolvidos”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos. **A “Supremacia do Interesse público no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo**. In: SARMENTO, Daniel (org). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse público**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 04.

²⁵¹ Gradativamente, essa posição tem sido alterada, a partir da compreensão de que o interesse público, quando em conflito com interesses privados e esses interesses privados envolvam Direitos Fundamentais, deve ser ponderado com o interesse privado envolvido. Nesse sentido, Paulo Ricardo Schier explicita que “um último grupo de colisão entre interesses públicos e privados, que não venham a se enquadrar nos anteriores, deverá ter solução remetida à ponderação de princípios (ou valores) diante do caso concreto, através não de mediação legislativa, mas sim jurisdicional (levando-se em conta, sempre, critérios de proporcionalidade e razoabilidade). Aqui o juiz, em face de cada caso concreto, deverá, sem adotar nenhum critério de preferência predeterminado, decidir, em face dos diversos elementos que integram o âmbito normativo de cada preceito em conflito, qual deverá prevalecer”. In: SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a Supremacia do Interesses Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais**. In: SARMENTO, Daniel (org). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse público**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 236.

²⁵² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004. p. 60.

²⁵³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Id. Ibid.*

encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os represente não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuser a *intentio legis*”.²⁵⁴

Tais *postulados* são relevantes, na medida em que funcionam como meio de explicitação da arquitetura do regime jurídico que foi adotado pelo Estado brasileiro, para a conformação do seu aparelho administrativo. Esse regime jurídico funda-se, de um lado, na concessão de certas prerrogativas à Administração Pública com vistas à persecução desse *interesse público* e, de outro, no delineamento de determinadas sujeições ao Administrador Público, para que tivesse a sua esfera de atuação juridicamente delimitada.

Ainda que os elementos da supremacia²⁵⁵ do *interesse público* e da sua indisponibilidade, de certa forma, sejam proveitosos para a compreensão histórica do desenvolvimento do Estado brasileiro e de todo o seu aparato de ação administrativa, a utilização deles propicia dificuldades extremas, pois eles não permitem a identificação do conteúdo do próprio *interesse público*, que, nessa perspectiva, seria indisponível e teria superioridade aos demais interesses existentes na sociedade.

Em outras palavras, mesmo decorrentes da noção de *interesse público*, os postulados da sua supremacia e da sua indisponibilidade, não possibilitam a identificação jurídica do próprio *interesse público* de que decorrem, o que “dá margem a arbitrariedades ofensivas à democracia e aos valores fundamentais”.²⁵⁶

Há na doutrina do Direito Administrativo, tanto nacional, como estrangeira,

²⁵⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Id.* p. 64.

²⁵⁵ Como antes indicado, a supremacia do interesse público sobre o privado, hoje, é objeto de profunda revisão. O texto pioneiro apontando para a inadequação do referido princípio ou postulado foi o de ÁVILA, Humberto. **Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse público sobre o Particular”**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.) **O Direito Público em Tempos de Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 99-127.

²⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...**, p. 36.

uma multiplicidade de estudos acerca dos fenômenos da supremacia²⁵⁷ e da indisponibilidade do *interesse público*, entretanto, são poucos os estudos que se voltam ao exame do conteúdo propriamente dito do *interesse público*²⁵⁸. Eis porque Eros Roberto Grau, como já indicado na epigrafe deste capítulo, menciona que “a questão do *interesse público*, contudo, permanece, sem dúvida, sendo a grande questão do Direito Administrativo, ainda que os administrativistas, em regra, não a discutam”.²⁵⁹

Em face da dificuldade para se delimitar juridicamente o *interesse público*, impõe-se ao menos tentar a realização de uma conceituação negativa do *interesse público*, isto é, tentar-se demonstrar o que o *interesse público* não seria.

Para que se possa, contudo, ter-se uma delimitação mais precisa da própria noção de *interesse público*, na contemporaneidade, assim como das repercussões dele decorrentes, conveniente se mostra iniciar o exame da sua própria delimitação semântica.

3.2.1. Delimitação de Interesse.

A idéia subjacente à expressão *interesse público* remete a inúmeros significados²⁶⁰, razão pela qual o senso comum e a doutrina jurídica lhe atribuem múltiplas faces e sentidos, cada qual com perspectivas distintas. Por esse motivo,

²⁵⁷ Indispensável é a alusão à obra, já citada, organizada por Daniel Sarmento e intitulada: **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse público**. Na obra em tela, os autores procuraram demonstrar que o postulado da supremacia do interesse público sobre o interesse privado está em desacordo com a atual sistemática delineada pela Constituição Federal para o regime jurídico do Estado.

²⁵⁸ Em sentido contrário à possibilidade de aferição de uma noção acerca do interesse público, manifesta-se Luís Filipe Colaço Antunes, para quem “de um ponto de vista técnico-jurídico deve concluir-se pela impossibilidade de definir um conceito de interesse público material, com validade prática geral, que não seja, no essencial, um conceito mistificante”. In: ANTUNES, Luís Felipe Colaço. **A Tutela dos Interesses Difusos em Direito Administrativo: Para uma legitimação procedimental**. Coimbra: Livraria Almedina, 1989. p. 36.

²⁵⁹ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto...**, p. 124.

²⁶⁰ Exame elucidativo e pertinente acerca dos conceitos jurídicos e a sua expressão/significação é realizada por Eros Roberto Grau. GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto...** p. 141 e seguintes.

antes do exame propriamente dito da conformação jurídica do conceito em tela, faz-se relevante, sucinta apreciação acerca da origem da terminação, da sua irrefutável importância na modulação histórica do Direito Público, bem como dos seus possíveis contornos²⁶¹.

O vocábulo interesse, para João Melo Franco e António Herlander Antunes Martins, é “a posição de um homem perante um bem, apto à satisfação de uma necessidade do mesmo homem”.²⁶² Contudo, trata-se de uma noção objetiva²⁶³, não subjetiva, não é uma apetência ou um desejo. Para Rodolfo de Camargo Mancuso, por sua vez, interesse refere-se à idéia de vantagem²⁶⁴, ou seja, designa o desejo de determinada pessoa em face de certa situação.

A expressão na língua portuguesa é derivada do verbo latino “Intersum”, que em sentido próprio, possui como significado a fórmula *estar entre*.²⁶⁵ Baseando-se nisso, a doutrina²⁶⁶ assevera que a etimologia da palavra latina é a chave para apreender o seu significado: “inter” (entre) + “esse” (ser) = “interesse” (ser entre). Neste influxo, o interesse representaria a ponte entre um sujeito e um objeto, relacionando-os entre si, na qual o sujeito busca aquilo que reputa ser um bem capaz de satisfazê-lo.

²⁶¹ Argumenta Brian Berry que “em vez de sermos mesmerizados pela contemplação da pseudo-questão sobre o que é o interesse público, observemos as palavras ‘interesse’ e ‘público’ no seu uso diário na conversação e vejamos se é possível dar algum sentido ao ‘interesse público’”. In: BERRY, Brian. **O Uso e o Abuso de “O Interesse público”**. In: FRIEDRICH, Carl. (Org.) **O Interesse público**. Trad. de Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: O Cruzeiro, 1967. p. 193.

²⁶² FRANCO, João Melo. MARTINS, António Herlander Antunes. **Dicionário de Conceitos e Princípios Jurídicos**. 3ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1991. p. 504.

²⁶³ Ana Prata também sustenta que “numa concepção objectivista, o interesse caracteriza-se como a relação que existe entre um sujeito e um bem jurídico que é apto a satisfazer uma sua necessidade”. In: PRATA, Ana. **Dicionário Jurídico**. 3ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1990. p. 332.

²⁶⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos**. 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 19.

²⁶⁵ FARIA, Ernesto, et ali.. **Dicionário Escolar Latino-Português**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1956. p. 501.

²⁶⁶ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **O Princípio Ético do Bem Comum e a Concepção Jurídica do Interesse público**. In: Revista Jurídica Virtual. nº 13 – junho/2000. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República. p. 04. Disponível em: http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev-13/princ-etico.htm.

Na esfera jurídica, o *interesse* constitui-se em alicerce de todos os ramos do Direito, salientando Marcello Caetano que interesse é, juridicamente, “(...) qualquer utilidade ou vantagem considerada em relação a certa pessoa”²⁶⁷, ou seja, o interesse é aquele decorrente das relações entre o indivíduo e as coisas. Atualmente, as acepções e noções acerca do vocábulo *interesse* têm sido exaustivamente, embora não exclusivamente, examinadas no domínio Direito Administrativo – para o qual a expressão *interesse público* assumiu, como antes afirmado, um caráter fundamental – bem como no âmbito do Direito Constitucional, do Direito Processual e do Direito do Consumidor, nos quais as definições de interesses difusos, interesses coletivos e interesses individuais homogêneos se fazem prementes²⁶⁸.

3.2.2. O *Interesse público* como um Conceito Jurídico Indeterminado.

A doutrina, nada obstante as inúmeras críticas apresentadas²⁶⁹, correntemente se utiliza de uma espécie de subsunção, de enquadramento do *interesse público* na categoria dos conceitos jurídicos indeterminados. Antes, porém, do estudo desse “encaixe” do *interesse público* nesta categoria de conceitos, pressupõe-se breve análise dos assim denominados “conceitos jurídicos indeterminados”.

Essa categoria conceitual, tida como *juridicamente indeterminada*, recebeu grande estudo na doutrina estrangeira, em especial no direito alemão. Para Karl English, os *conceitos jurídicos indeterminados* são aqueles cujo *conteúdo* e

²⁶⁷ CAETANO, Marcello. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 446.

²⁶⁸ Neste influxo, manifestam-se: MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 63 e MARTINS FILHO. Ives Gandra da Silva. *Op. cit.*, p. 05.

²⁶⁹ Eros Roberto Grau se opõe, como se fará alusão adiante, inclusive à existência dos conceitos jurídicos indeterminados. GRAU. Eros Roberto. **O Direito Posto...**, p. 146-147.

extensão são, em larga medida, incertos²⁷⁰. Essa *espécie* conceitual é possível ser encontrada em todos os ramos jurídicos, entretanto, no Direito Administrativo, eles despontam com maior frequência.

Ainda que o *interesse público* seja o *conceito jurídico indeterminado por excelência*, há uma plêiade desses conceitos ou noções espalhados por todos os ramos jurídicos. No Direito Civil, há a presença dos conceitos de *boa-fé*, de *função social*; de *autonomia da vontade* etc. Já no Direito do Estado, há a noção de *ordem pública*, de *interesse coletivo*, de *bem comum*, dentre muitas outras.

Segundo António Francisco de Sousa, a presença em maior intensidade dos *conceitos jurídicos indeterminados* no âmbito do Direito Administrativo “se deve à natureza das funções da administração, sobretudo devido ao fato de a administração se orientar à satisfação das necessidades sociais” e também porque “os conceitos indeterminados se apresentam ao legislador como um instrumento privilegiado para a atribuição de certo tipo de competência às autoridades administrativas para que estas possam reagir a tempo e de modo adequado aos imponderáveis da vida administrativa”.²⁷¹

Nesse passo, assevera Germana de Oliveira Moraes, com base nos ensinamentos de Phillip Heck que “o conceito revela uma *zona nuclear* ou fixa (*núcleo*) e uma *zona periférica* ou orla (*halo*). Representa-se o conceito como um ponto de luz intenso que ilumina os objetos a que se refere como maior ou menos intensidade; rodeado de um halo, de cores pálidas, além das quais reina a obscuridade”.²⁷²

Ao seu turno, Paulo Ricardo Schier assevera que os conceitos jurídicos indeterminados aparecem quando a ordem jurídica refere-se a uma esfera de

²⁷⁰ ENGLISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 6ª ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988. p. 208.

²⁷¹ SOUSA, António Francisco. **Os “Conceitos Legais Indeterminados” no Direito Administrativo Alemão**. In: Revista de Direito Administrativo. nº 166. São Paulo: FGV Editora, 1986. p. 276 – 290.

²⁷² MORAES. Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999. p. 56.

realidade cujos limites não aparecem bem precisados em seu enunciado. Com esta perspectiva, prossegue o referido autor que “nessa situação, o sistema jurídico não determina com exatidão os limites desses conceitos porque se trata de categoria que não admite uma quantificação ou uma determinação rigorosa, porém, em todo caso, é manifesto que está referindo a uma suposta realidade que, nada obstante a indeterminação do conceito, admite ser precisada no momento da aplicação”.²⁷³

Destaca-se, por necessário, que a abstração das normas jurídicas é uma característica amplamente reconhecida e, que *per se*, a torna indeterminada. Pode-se, portanto, afirmar que todos os preceitos jurídicos são, em maior ou menor medida, *indeterminados*. Por esse motivo, os estudos dedicados ao tema têm reservado a expressão “*conceitos jurídicos indeterminados*”, tão somente para aqueles que se revestem de um elevado grau de indeterminação²⁷⁴, ainda que se trata de uma afirmação óbvia.

Nessa linha, é de notório conhecimento que a distinção entre conceitos determinados e conceitos indeterminados se faz ora em função do grau de imprecisão das palavras expressões, ora em função da qualidade. Para alguns autores, a diferença entre esses conceitos é qualitativa e não quantitativa²⁷⁵.

Entre esses se destaca António Francisco de Sousa, para quem: “(..)a diferença entre os chamados conceitos legais indeterminados e os conceitos legais determinados consiste apenas numa diferença de grau de insegurança da palavra. Um certo ‘limite de erro’, dentro do qual nós pudéssemos movimentar, não é reconhecível apenas nos conceitos legais indeterminados. Entre os conceitos legais determinados e os conceitos legais indeterminados, existe uma diferença de grau e não de qualidade”.

²⁷³ SCHIER. Paulo Ricardo. **Comissões Parlamentares de Inquérito e o Conceito de Fato Determinado**. Tese aprovada no Programa de Pós-graduação da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2002. p. 135.

²⁷⁴ SOUSA, António Francisco. *Op. cit.*, p. 277.

²⁷⁵ MORAES. Germana de Oliveira. *Op. cit.*, p. 57

Essa concepção já era sustentada por Tezner,²⁷⁶ um dos pioneiros no estudo da matéria, conforme anota António Francisco de Sousa. Assevera o citado autor, que há cerca de 100 anos na Europa existe a controvérsia entre os *conceitos jurídicos determinados* e os *indeterminados* e a discussão em torno de qual seria o melhor critério para distingui-los.²⁷⁷ A controvérsia em questão surgiu na Áustria, no século XIX, com o já citado professor Tezner, que questionava se os conceitos indeterminados elaborados pelo legislador eram ou não suscetíveis de serem controlados pelo Tribunal Administrativo.²⁷⁸

Foi a doutrina do Direito Administrativo alemão, todavia, que melhor desenvolveu e sistematizou a idéia, inclusive produzindo representações e imagens de que o *conceito jurídico* apresentaria uma *zona de certeza positiva* (o que é certo que é), na qual não há dúvida acerca da utilização da palavra que o designa e uma *zona de certeza negativa* (o que é certo que não é), em que inexistente dúvida acerca da sua não utilização. Nesta representação existe, contudo, uma *zona intermediária*, de penumbra, que se constitui em uma área de dúvidas e incertezas sobre a abrangência de situações sob aquele signo.²⁷⁹

Sustenta-se, por parte da doutrina, a tarefa indispensável realizada pelo intérprete quando da aplicação concreta dos *conceitos jurídicos indeterminados*, haja vista a necessidade do hermeneuta de verificar se a solução encontrada pelo emprego do conceito seria a única, a melhor e a mais justa que a norma pretendeu alcançar. Nesse sentido, afirma-se que a tarefa do intérprete dos conceitos jurídicos indeterminados constitui-se em um juízo de legalidade.²⁸⁰

Esse pensamento encontra sustentáculo nas lições de Eduardo Garcia de Enterría, para quem é errônea a idéia de que o preenchimento dos conceitos

²⁷⁶ SOUSA, António Francisco. *Op. cit.*, p. 278.

²⁷⁷ SOUSA, António Francisco. *Id.* p. 279.

²⁷⁸ SOUSA, António Francisco. *Id. Ibid.*

²⁷⁹ MORAES. Germana de Oliveira. *Op. cit.*, p. 58.

²⁸⁰ BORGES, Alice González. **Interesse público: Um conceito a Determinar.** In: Revista de Direito Administrativo, nº 205, Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 110.

jurídicos indeterminados estaria situado unicamente no campo da discricionariedade administrativa²⁸¹, haja vista que, para o citado autor, a discricionariedade é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas ou entre indiferentes jurídicos, porque a decisão, nesse caso, fundamenta-se em critérios jurídicos (de oportunidade, econômicos etc.), não incluídos na lei e remetidos ao julgamento subjetivo da administração.

Desse modo, a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados não se trataria de espaço de discricionariedade do administrador-intérprete, haja vista que aqueles conceitos são aplicados mediante um processo regulado, de aplicação e interpretação da lei que criou o conceito, de modo que o judiciário pode fiscalizar a referida aplicação, avaliando se a solução atingida é uma solução permitida pela lei. Esta avaliação parte de uma situação de fato determinada – a que a prova lhe oferece –, porém sua apreciação jurídica é feita desde o conceito legal e é, portanto, uma aplicação da lei. Nessa linha, sustenta o autor que

(...) Assim, conceitos como urgência, ordem pública, justo preço, calamidade pública, medidas adequadas ou proporcionais, inclusive necessidade pública, utilidade pública e até *interesse público*, não permitem em sua aplicação uma pluralidade de soluções justas, senão uma só solução em cada caso.²⁸²

Essa posição de rejeição de discricionariedade na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, em especial do *interesse público* também é sustentada por Alice Gonzalez Borges, para quem:

(...) o preenchimento deste que, por natureza, é o mais amplo e plurissignificativo dos conceitos indeterminados, há de resultar de um cuidadoso trabalho de sopesamento das condições oferecidas pela realidade. Nessa avaliação, não deve entrar nenhuma dose de discricionariedade do governante. Será o melhor intérprete aquele que melhor se identificar com os legítimos reclamos e aspirações sociais de seu tempo, em uma postura que nosso ordenamento jurídico exige, como luminoso ponto cardeal de sua atuação (art. 37, caput, da Constituição) seja impessoal e descompromissado como outros interesses estranhos.²⁸³

Por conseguinte, realizada a menção de que existe na doutrina uma

²⁸¹ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Curso de Direito Administrativo**. Editora Revista dos Tribunais, 1990. p. 394 e 395.

²⁸² GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. Id. Ibid.

²⁸³ BORGES, Alice González. *Op. cit.*, p. 115.

contenda entre aqueles que pugnam pela existência de uma margem de discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados e aqueles que postulam o seu não cabimento, merece destaque as correntes que refutam a própria existência dos conceitos jurídicos indeterminados.

Nessa toada, nada obstante a grande produção teórica produzida sobre os conceitos jurídicos indeterminados e a sua conseqüente aplicação concreta, a aceitação doutrinária por eles não é pacífica. Eros Roberto Grau considera uma “falácia” a conceituação jurídica indeterminada, argumentando que a indeterminação não é dos conceitos, mas das suas expressões, não havendo que se falar, portanto, em conceitos indeterminados, mas em termos (jurídicos ou não) indeterminados. Alega o autor em questão que: “todo conceito é uma suma de idéias que, para ser conceito, tem de ser, *no mínimo*, determinada; o mínimo que se exige de um conceito é que seja determinado (...) Se é indeterminado o *conceito*, não é *conceito*”.²⁸⁴

Embora as arrostadas críticas sobre os conceitos jurídicos indeterminados sejam de grande pertinência, na esfera do presente trabalho, de restrita extensão, cujo objeto de pesquisa se dirige à outros elementos a construção teórica destes conceitos é tomada como premissa, ou seja, não será objeto de investigação, por razões de obviedade, a aplicação ou a existência desta espécie conceitual, principalmente pela verificação da ampla contribuição da doutrina, especialmente alemã sobre o tema.

O que será cabível, por ora, é o exame do *interesse público* enquanto um conceito jurídico indeterminado. A doutrina, de forma unânime, aloca o *interesse público* como um conceito jurídico indeterminado. Neste compasso, visando ao esclarecimento acerca da qualificação de um interesse como público, importante a seguinte contribuição:

A determinação do conteúdo do *interesse público* produz-se ao longo do processo de produção e aplicação do Direito. Não há *interesse público* prévio ao Direito, senão como

²⁸⁴ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto...**, p. 146 e 147.

manifestação abstrata insuficiente para determinar uma solução definida. O processo de concretização do Direito produz a seleção dos interesses, com a identificação do que se reputará como *interesse público* em face das circunstâncias. Não há qualquer caráter predeterminado apto a qualificar o interesse como público. Essa peculiaridade não pode ser reputada como negativa. Aliás, muito ao contrário, representa a superação de soluções formalistas, inadequadas a propiciar a realização dos valores fundamentais acatados pela comunidade. O processo de democratização conduz à necessidade de verificar, em cada oportunidade, como se configura o *interesse público*.²⁸⁵

Pode-se depreender, então, que a conceituação do *interesse público*, especialmente pela sua conformação de um conceito jurídico indeterminado, é de irrefutável complexidade. Merece destaque, ainda, a função essencial desempenhada pelos conceitos jurídicos no sistema jurídico, haja vista que a indeterminação conceitual não deve ser vista como um defeito, mas como um atributo que se destina a permitir uma aplicação mais adequada caso a caso e exigindo, pois, uma abertura permanente em face da realidade.²⁸⁶ Destarte, pode-se acerca disso afirmar-se que “a indeterminação dos limites do conceito propicia a aproximação do sistema normativo do mundo real”.²⁸⁷

Nada obstante a quase conclusiva classificação do *interesse público* como um conceito jurídico indeterminado, a doutrina, ao longo do tempo, concebeu critérios que poderiam qualificar os interesses como públicos, ou ainda arquitetou fórmulas técnicas que seriam aptas à delimitação e identificação concreta do *interesse público*.

3.3. Critérios para a Aferição e Delimitação da Noção de *Interesse público*.

Inicialmente, deve ser reconhecida a dificuldade para a definição do *interesse público*, seja pela variada aplicação do termo, desde a política, na qual é utilizado freqüentemente para embasar e motivar ações das mais diversas ordens, até o Direito, onde chega a assumir o caráter de um conceito jurídico indeterminado, como exposto no item anterior. Impõe-se observar ainda,

²⁸⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de Interesse público...**, p. 133.

²⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Id.* p. 116.

²⁸⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Id. Ibid.*

necessariamente, mais um empecilho para a qualificação ou apenas delimitação do *interesse público*, qual seja, a impossibilidade de defini-lo *in abstracto*, visto que a sua aplicação ocorre somente no caso concreto.

Essas dificuldades, contudo, não impedem que se possa intentar o aprofundamento do núcleo do conceito do *interesse público*, o que pode propiciar, inclusive, maior precisão (e utilidade) na sua aplicação.²⁸⁸ Com esse intuito, utiliza-se a doutrina jurídica de inúmeros meios (fórmulas e critérios) para a aferição e delimitação do *interesse público*, como critérios de quantidade, nos quais toma-se como pressuposto a dissensão entre o interesse da maioria e o interesse da minoria, bem como a relação entre o todo e a parte, de modo a qualificá-lo como interesse de determinados grupos ou instituições, como o Estado e a própria sociedade. Outra fórmula para a aferição do *interesse público* é o seu isolamento em face do interesse privado; ou relacionando-o com noções filosóficas, como o bem comum; dentre tantos outros meios de delimitação.

Para além desses critérios sumariados para a aferição ou para a delimitação do *interesse público*, a doutrina ainda indica alguns pontos de vista²⁸⁹ sobre os quais é possível se analisar o *interesse público*: o ponto de vista metassociológico, o sociológico, o judicial ou legal e o econômico.²⁹⁰

Levando-se em conta essa classificação, pode-se afirmar que o ponto de vista metassociológico seria aquele derivado de um sistema unitário de valores, como ocorre em sociedades teocráticas ou monolíticas em que só seria de *interesse público* aquilo que estivesse em consonância com esse valor supremo e unitário.

Para o horizonte sociológico, o *interesse público* seria aquele em que os valores se manifestam unicamente através das articulações sociológicas, que são

²⁸⁸ JUSTEN FILHO. Marçal. *Id. Ibid.*

²⁸⁹ Esclarece-se que a expressão 'Ponto de vista', neste caso, deve ser compreendida tão somente como sinônima de perspectiva.

²⁹⁰ Essa classificação é adotada por COLM, Gerhard. *Op. cit.*, p. 126 e seguintes.

expressões sociais ou de grupos. Apesar da diversidade de interesses de uma pessoa ou grupo para outro, “a mescla de interesses pessoais e gerais difere nos vários grupos e indivíduos, porém destas variações na importância atribuída aos valores surge um consenso acerca do que constitui o *interesse público* dentro do marco de referência da sociedade particular e de sua cultura”.²⁹¹

O ponto de vista legal ou judicial, esclarece o autor *in foco* que se refere precisamente à supremacia do *interesse público* sobre o particular, que é invocada como fundamento das medidas restritivas e sancionatórias das atividades pessoais ou coletivas. “O uso do conceito de *interesse público* nesse sentido permite considerações que são superiores aos interesses particulares, e inclusive permite à interpretação judicial das leis positivas marchar ao compasso dos desenvolvimentos efetivos no conteúdo do conceito”.²⁹²

Ao final, é possível verificar, ainda, a visualização econômica relativa ao *interesse público*, a qual o considera sob uma perspectiva mais específica, pois que se definem em determinadas metas de execução e de realização²⁹³. Segundo o citado autor, as metas de execução seriam aquelas que têm por escopo assegurar o regular funcionamento da economia, ao passo que as metas de realização seriam aquelas que inferem do conceito do *interesse público*, conteúdos específicos como um nível adequado de vida para o povo, educação, defesa, conservação e incremento dos recursos de maneira mais apropriada para as necessidades dos países em desenvolvimento.

3.3.1. Interesse público e Bem Comum.

Para que se possa compreender os critérios trazidos a lume pela doutrina para a delimitação do *Interesse público*, faz-se premente anterior reflexão acerca

²⁹¹ COLM, Gerhard. *Id.* p. 128.

²⁹² COLM, Gerhard. *Id. Ibid.*

²⁹³ COLM, Gerhard. *Id.* p. 130.

de uma noção filosófica que muito dele se aproxima, a saber: a noção de bem comum.

A imediata relação do *interesse público* com a denominação de bem comum, fez com que a doutrina, historicamente, o elegesse como um critério para a verificação da possibilidade de um determinado interesse vir a ser classificado como público, haja vista o fato de que a expressão *interesse público*, não raro, aparece associada à idéia de bem comum, bem geral ou bem de todos.

Para que se promova a fixação das semelhanças e diferenças entre a idéia de bem comum e a noção de *interesse público*, com o intuito de identificar o *interesse público*, impõe-se a consumação de um enfoque histórico–evolutivo do bem comum.

Argumenta Maria Sylvia Zanella Di Pietro que já em Aristóteles aparecia nítida a idéia de bem comum, pois para ele, todo organismo vivo tende para o bem; tanto o homem como a sociedade que ele constitui tendem para o bem.²⁹⁴

Entrelaçando o chamado sumo bem comum, os indivíduos e a noção de Estado, revela Aristóteles:

Ora, não será porventura o conhecimento dele de grande importância para a nossa vida e, se semelhantes aos arqueiros, certos da mira, não alcançaremos mais facilmente aquilo que se deve? Se assim é, esforcemo-nos por delinear em esboço o que seja ele, e da qual, dentre as ciências ou faculdades, seja objeto. Ninguém duvidará de que o seu estudo pertença à ciência principal e mestra de todas as outras. Tal é, vê-se claramente, a ciência política. Pois que esta dispõe, na cidade, as ciências de que necessitais, e quais cada um as deve aprender e até que ponto. Vemos que também as faculdades tidas em maior apreço, como a arte militar, a economia, a oratória, lhe estão sujeitas. E, valendo-se ela de todas as demais ciências políticas, e, além disso, estabelecendo por lei que cada coisa se deve fazer e de que coisas se abster, pode dizer-se que o seu fim abrange os fins de todas as outras. Donde ser o bem humano o seu fim. E, embora sendo idêntico o bem do indivíduo e o da cidade, todavia obter e conservar o bem da cidade é coisa maior e mais perfeita. Em verdade: o bem é digno de ser amado também por um único indivíduo; porém, é mais belo e mais divino quando referente a povos e cidades.²⁹⁵

Na idade média, por influência do cristianismo, a idéia de bem comum desenvolveu-se ainda mais. Na *Summa Theologica*, Tomás de Aquino explanou que o bem comum é tudo aquilo que o homem deseja, seja de que natureza for:

²⁹⁴ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 154.

²⁹⁵ ARISTÓTELES. **A Ética**. trad. de Cássio M. Fonseca. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1991. p. 22-23.

bem material, moral, espiritual ou intelectual. Considera ainda que, sendo o homem um ser social, ele procura não somente o seu próprio bem, mas também do grupo a que pertence²⁹⁶. Nessa perspectiva, pode-se afirmar que a cada grupo social corresponderia o seu próprio bem comum.

Alega ainda Maria Sylvia Zanella di Pietro, com base nos ensinamentos de Norberto Bobbio, que Jean Bodin, já no século XVI, ao dedicar-se à concepção de um conceito inicial de República, permitiu o desenvolvimento da idéia do que passou a ser considerado o fim principal da sociedade (bem comum) e o meio de alcançá-lo, que seria através do *reto governo*, ou seja, um governo de muitos lares e de todas as coisas que lhes são comum, com poder soberano.²⁹⁷

Essa concepção, somada ainda a inúmeras outras semelhantes que marcaram e permaneceram até o início da Idade Moderna, sempre estiveram relacionadas ao ideário de uma *solidariedade social* como meio de justificação da comunidade política, na qual os homens se unem para conseguir o bem comum.²⁹⁸

Entretanto, com o advento das idéias contratualistas e liberais, entre os séculos XVII e XVIII, para as quais Rousseau²⁹⁹ desempenhou papel fundamental, a idéia de um ente estatal com o fim de promoção do bem comum, filosófico e abstrato e que alicerçava os atos absolutistas do soberano, passou a ser refutada. A partir de então, a finalidade do Estado seria única e exclusivamente a proteção de interesses utilitaristas, pragmáticos e muitas vezes individuais, aos quais não era possível ao dirigente exceder os poderes a ele concedido.

Nessa perspectiva pode-se asseverar que “o objetivo dos homens ao se

²⁹⁶ DA LUZ. Ana Beatriz Vieira. **Interesse público – Visão Contemporânea**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR. p. 25.

²⁹⁷ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 154.

²⁹⁸ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Id.* p. 155.

²⁹⁹ Cf. ROUSSEAU, Jean Jacques. *Op. cit.*

associarem não é proteger o *interesse público*, mas o interesse privado de cada qual e que se resume basicamente na aquisição de bens materiais; a vida em sociedade alcança melhor esse objetivo do que seria possível em uma situação de anarquia.”³⁰⁰

Pode-se alegar que, neste período, a base da sociedade política não se fundamenta mais em elementos comuns a todos os homens, mas em cada aspiração individual, posição esta reforçada ainda mais pela Revolução Francesa, que significou o triunfo do individualismo.³⁰¹

Nessa ordem de valores, a idéia do bem comum como causa fundamental de união dos homens em sociedade cede espaço para uma concepção que visava assegurar a liberdade natural de cada um; em última análise, pode-se afirmar que os homens se uniam em sociedade porque isso lhes era útil e vantajoso.

A compreensão utilitarista de sociedade, que engloba a idéia de interesse geral, substituiu gradativamente a idéia do bem comum, que se mostrava impregnada de cunho moral e ideológico.³⁰²

Nesse sentido, esclarece Marie-Pauline Deswarte: “o Bem Comum seria a perspectiva filosófica do interesse geral. Ora, a filosofia dá uma primeira resposta à questão quando ela afirma: ‘O bem está no nível dos fins honestos, o interesse – mesmo geral – no nível dos fins úteis’. O interesse geral seria todo impregnado de utilitarismo, o Bem Comum, dele se distinguiria por sua referência à moral”.³⁰³

Manifesta-se também, coerente com esta posição, Ana Beatriz Vieira da Luz, para quem:

“As teorias liberais, individualistas, substituíram a noção de bem comum pela idéia de interesses gerais, passando a considerar o *interesse público* como a soma dos bens e

³⁰⁰ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Id. Ibid.*

³⁰¹ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Id.* p. 156.

³⁰² DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Id.* p. 155.

³⁰³ DESWARTE, Marie-Pauline. **Intérêt general, bien commun.** Revue du Droit Public. Paris, set-out, 1988. p. 1309.

interesses individuais, notadamente os direitos civis da burguesia. Perdeu-se, dessa forma, a noção filosófica e moral de bem comum, voltada a princípios de solidariedade social, ao que é bom e não ao que é útil, na qual cabia ao Estado assegurar condições públicas normais e estáveis para que indivíduos e suas famílias pudessem levar uma vida digna, norma e feliz segundo as leis de Deus. A moral, é afastada do direito”.³⁰⁴

Com efeito, o *interesse público* (de concepção liberal-utilitarista) era, pois, realizado pelo Estado de forma negativa, ou seja, pela sua não intervenção nos interesses individuais, os quais, para a concepção da época, se adequadamente realizados, promoviam o interesse geral.

Essa fórmula liberal e utilitarista de organização política, na qual o Estado somente existiria para a realização política e para a asseguuração dos direitos individuais de propriedade e de liberdade, pela manutenção da livre iniciativa e responsabilização da segurança tanto externa quanto interna, veio a colidir com as reações sociais provocadas pelas desigualdades sociais resultantes do dilatado exercício da liberdade por uns (que possuíam a liberdade de propriedade e de contratar) sobre a opressão de outros (que tão somente detinham a liberdade da venda da força de trabalho).

Explica Paulo Bonavides que essas desigualdades constituíram um dos alicerces que levaram à superação histórica do Estado de crise liberal, a uma pretensa implementação de um ente estatal que efetivasse alguns direitos sociais, necessários para que a paz social prevalecesse.³⁰⁵

Pode-se afirmar daí, que a noção de *interesse público*, como fim necessário do ente estatal, até mesmo para a sua preservação, volta aproximar-se da idéia filosófica de bem comum e reveste-se mais uma vez de aspectos axiológicos, “na medida em que se preocupa com a dignidade do ser humano”.³⁰⁶

O Estado apresenta-se para além de um ente de garantia de direitos individuais, pois se torna e necessita tornar-se um ente de promoção social.

Com o *Estado Social*, o *interesse público* a ser alcançado pelo Direito

³⁰⁴ LUZ, Ana Beatriz Vieira da. *Id.* p. 27.

³⁰⁵ BONAVIDES. Paulo. **Do Estado...**, p. 210.

³⁰⁶ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 157.

Administrativo humaniza-se, na medida em que passa a preocupar-se não só com os bens materiais que a liberdade de iniciativa almeja, mas com valores considerados essenciais à existência digna; quer-se liberdade com dignidade, o que exige maior intervenção do Estado para diminuir as desigualdades sociais e levar toda a coletividade ao bem-estar social. O *interesse público*, considerado sob o aspecto jurídico, reveste-se de um aspecto ideológico e volta a relacionar-se com a idéia axiológica de *bem comum*.³⁰⁷

Essa relação de afastamento e de aproximação entre o bem comum e o *interesse público*, pode auxiliar em uma eventual delimitação desta interesse, contudo, impossível de ser realizada em face do próprio bem comum, por ser fundado em valores. Dessa visão axiológica de bem comum, da qual a noção do *interesse público* contemporâneo necessariamente se aproxima, Marie-Pauline Deswarte, sem apresentar uma definição, apresenta as seguintes características:

1. ele se fundamenta na natureza humana, sendo por isso mesmo universal: ele considera um conjunto de valores humanos feitos de *direitos* e *deveres*, que não podem privilegiar uns em detrimento de outros;
2. ele deve ser adaptável segundo o progresso da época, dinâmico, voltado para o futuro, porque ele deve enraizar-se no concreto e oferecer aos indivíduos valores de ordem e de justiça; isso traz algumas conseqüências: b.1.) o interesse geral não é apanágio do Estado, porque cada indivíduo e cada pessoa jurídica tem uma parcela de responsabilidade social; b.2.) isto supõe que a sociedade não seja considerada como um sujeito à parte, transcendente, que fará cumprir a vontade do grupo; b.3.) isto supõe também que se trate de um verdadeiro bem, de conteúdo moral, e não de simples interesse utilitário, pois este gera o egoísmo;
3. o bem comum é superior ao bem individual; a dignidade de todo homem quer que ele possa participar de um bem maior que seu próprio bem: é isto que o torna um ser social;
4. o bem comum é *fundamento* e *limitação* ao poder político; *fundamento*, porque o poder se constitui para atingir o bem comum; e *limitação*, porque sendo seu objetivo o bem da pessoa humana, o Estado só deve intervir a esfera da liberdade individual, atendendo ao *princípio da subsidiariedade*, respeitando o equilíbrio entre a liberdade do indivíduo e a autonomia do Estado. Sempre que o indivíduo ou grupo sozinho passam agir, o Estado não deve intervir; o bem comum, se exprime através da lei, não uma lei puramente formal, mas sim uma lei que atenda ao bem comum.³⁰⁸

Expostas essas afinidades, semelhanças e diferenças entre a noção de *interesse público* e a idéia de bem comum, parte-se para o estudo da lei (regra jurídica), entendida como espécie do gênero norma jurídica, que compreende

³⁰⁷ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Id.* p. 160.

³⁰⁸ DESWARTE, Marie-Pauline. *Op. cit.*, p. 1309.

também os princípios e mostrou-se para a doutrina, durante longo período, como um instrumento eficaz de delimitação do *interesse público*.

3.3.2. A Lei como Meio (fórmula) de Fixação do *Interesse público*.

No período acima citado, como visto no Título Um, em que se inicia a idade Moderna e o Estado passou, a rigor, a conformar-se como Estado de Direito, não havia qualquer tipo de implementação de políticas sociais, até mesmo porque estava o Estado subordinado a uma concepção liberal clássica.

Segundo essa perspectiva, a divisão entre o público – regido pelo *interesse público* – e o privado – cujo princípio regente era a autonomia privada – mostrava-se evidente e não se cogitava de uma atuação positiva do Estado, atuando perante a sociedade e intervindo no domínio econômico para a implementação de *políticas públicas* que apontassem à promoção da igualdade econômica e social. Tão somente atuava o Estado na manutenção da ordem pública e na garantia da propriedade privada e da liberdade contratual.

Nesse período, é possível afirmar que a ideologia predominante acerca do *interesse público* era a sua correlação a esses valores protegidos pelo ente público, contudo, não havia uma direta e imediata correspondência entre eles, visto que o *interesse público*, não recebia grande atenção conceitual, pois era disciplinado em conjunto com outros termos e institutos jurídicos e especialmente, no Direito Administrativo, como ordem pública, liberdade, propriedade etc.

Ao legislador cabia, ao tempo do modelo de Estado referido, a exata definição do *interesse público*, haja vista o fato de que todas as suas manifestações eram decorrentes de lei, na qual a referida categoria era minuciosamente delimitada e objetivado o seu alcance.

O administrador público, que não exercia atuação positiva frente à sociedade, limita-se a garantir as liberdades individuais dos administrados,

liberdades estas que era compreendidas como núcleo do *interesse público*.

Não havia a necessidade de se discutir o que seria ou não *interesse público*, porquanto este estaria sempre, por lei, indicado, e, mesmo que eventualmente não estivesse, o seu conceito permanecia sempre relacionado exclusivamente ao ideário de segurança pública, e de garantias de propriedade e de contratar.

Com a implementação do Estado do Bem-estar social³⁰⁹, todavia, a delimitação do *interesse público* passou a ser imperiosa, visto que não cabia mais tão somente ao legislador definir o que se trataria de *interesse público*, mas também ao administrador no exercício de sua função de implementação de *políticas públicas* e de redução das desigualdades sociais.

Atualmente a compreensão da aplicação do conceito de *interesse público* se mostra, ainda mais, premente. Muito embora a idéia de *interesse público* e a sua aplicabilidade estejam delineadas em incontáveis normas jurídicas, como finalidades ou não, a implementação da atuação positiva da administração pública na prática de *políticas públicas* tendo como escopo a promoção da dignidade da pessoa humana impõe-se, haja vista a sua vinculação direta e imediata ao conceito de *interesse público* que, materialmente, poderia ser representado pela salvaguarda dos valores mais importantes do ordenamento jurídico, como adiante se buscará demonstrar.

3.3.3. A Titularidade do *Interesse público*.

É possível a afirmação de que a noção de *interesse público*, em seu desenvolvimento histórico, sempre veio relacionada à idéia de interesse do Estado. Aliás, a clássica apreciação circular de que o interesse é público porque

³⁰⁹ Embora haja muitos autores que discordem da implementação de um modelo de Estado de bem-estar social nos países periféricos, toma-se aqui tão somente a idéia o momento histórico a que ela se refere.

atribuído ao Estado e atribuído ao Estado porque público³¹⁰, sempre esteve presente na tradição jurídica ocidental. Quando do surgimento do Estado Moderno (séculos XVI e XVII) não seria exagerado afirmar-se que a totalidade dos interesses públicos estaria na titularidade estatal. O *interesse público* e o interesse do soberano, neste momento, confundiam-se.³¹¹

A própria concepção de titularidade deve ser vista com reserva, haja vista a idéia de domínio (propriedade) a que ela traz ínsita e a sua pendência com a noção de administração. Nesse sentido, assevera Ruy Cirne Lima que a utilização da palavra administração designa a atividade de quem não é proprietário, distinguindo a administração da propriedade, nos seguintes termos: “propriedade *lato sensu* pode dizer-se o direito que vincula à nossa vontade ou à nossa personalidade um bem determinado em todas as suas relações. Opõe-se a noção de administração à de propriedade, visto que, sob administração, o bem se não entende à vontade ou personalidade do administrador, porém à finalidade a que essa vontade deve servir”.³¹²

Com efeito, cumpre à administração pública o exercício da função administrativa, haja vista não possuir a titularidade do *interesse público*, a qual, nas palavras de Santi Romano, é (...) poder que se exerce, não por interesse próprio, ou exclusivamente próprio, mas sim por interesse de outrem ou por um interesse objetivo”.³¹³ Destarte, a função administrativa estatal, como já afirmado anteriormente, está irremediavelmente vinculada a uma finalidade de *interesse público*.³¹⁴

Pode-se afirmar que a titularidade do *interesse público* esteja na

³¹⁰ JUSTEN FILHO. Marçal. *Op. cit.*, p. 116.

³¹¹ JUSTEN FILHO. Marçal. *Id. Ibid.*

³¹² LIMA, Ruy Cirne. *Op. cit.*, p. 20.

³¹³ SANTI ROMANO. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 145.

³¹⁴ BORGES, Alice Gonzáles. **Interesse público: Um conceito a Determinar**. In: Revista de Direito Administrativo, nº 205, Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 109.

sociedade, contudo, a sua gestão está a cargo especialmente do Estado, haja vista ainda a impossibilidade, cada vez mais questionada, de particulares exercerem e gerirem muitos dos interesses classificados como públicos.

Nada obstante isso, não se pode descurar que o desenvolvimento das sociedades e a necessidade do desempenho urgente de atividades relacionadas com o *interesse público*, como a proteção ao meio ambiente, promoveram o surgimento de entidades pára-estatais que pudessem desempenhar estas atividades relacionadas intrinsecamente ao *interesse público*. Parte da doutrina denomina estas entidades de espaço público não-estatal, haja vista a prática de atividades cujo fim é intrínseco ao *interesse público*, contudo, desvinculados diretamente de órgãos estatais.

3.3.4. O Estado como Gestor do *Interesse público*.

Embora alguns autores discordem, pode-se afirmar que o Estado ainda é o gestor por excelência dos interesses públicos existentes na sociedade. Seja porque os particulares ainda não possuem condições de realizá-los por si, seja porque demandam recursos e técnicas complexas que somente o Estado poderia desempenhar e satisfazer.

Afirma Maria Sylvia Zanella di Pietro que “em primeiro lugar, não se pode dizer que o *interesse público* seja sempre aquele próprio da Administração Pública; embora o vocábulo “público” seja equívoco. Por isso, pode-se dizer que, quando utilizado na expressão *interesse público*, ele se refere aos beneficiários da atividade administrativa e não aos entes que a exercem. A Administração Pública não é a titular do *interesse público*, mas apenas a sua guardiã; ela tem que zelar pela sua proteção”.³¹⁵

Com o desenvolvimento político e social experimentado pelas sociedades

³¹⁵ DI PIETRO. Maria Sílvia Zanella. **Discricionariade...**, p. 161.

nos últimos anos, passou-se a reconhecer, como já anteriormente afirmado, a existência de interesses públicos não estatais, com destaque às atividades desempenhadas pelas ONGs (Organizações não governamentais), pelas OSCIPs (Organizações da Sociedade Civil de *Interesse público*)³¹⁶ e pelas OSs (Organizações Sociais)³¹⁷. A adoção desse ideário, contudo, trouxe à tona a discussão acerca da titularidade do *interesse público* pelo Estado e a superação da idéia de que todos os interesses titularizados ou geridos pelo Estado seriam públicos. Marçal Justen Filho afirma que assertivas dessa ordem exigem “exame crítico, haja vista que o conceito de *interesse público* não se constrói a partir da identidade do seu titular, sob pena de inversão lógica e axiológica insuperável e frustração de sua função”.³¹⁸ Segundo o autor:

definir o interesse como público porque titularizado pelo Estado significa assumir uma certa escala de valores. Deixa de indagar-se acerca do conteúdo do interesse para dar-se destaque à titularidade estatal. Isso corresponde à concepção de que o Estado é mais importante do que a comunidade e que detém interesses peculiares. O tratamento jurídico do *interesse público* não seria consequência de alguma peculiaridade verificável quanto ao próprio interesse, mas da supremacia estatal. Como o Estado é instrumento de realização de interesses públicos, tem de reconhecer-se que o conceito de *interesse público* é anterior ao conceito de interesse do Estado.³¹⁹

Desta forma impende o reconhecimento de que a titularidade ou mesmo a gestão do *interesse público* mais se mostra como critério adequado para a determinação ou mesmo para a delimitação de interesses classificados como públicos. Deriva daí a importante constatação de que “o Interesse é público não porque atribuído ao Estado, mas é atribuído ao Estado por ser público”.³²⁰

Por fim, pode-se asseverar que a gestão e tutela pelo Estado podem representar fortes indícios de que o interesse perseguido seja público. Contudo, por si somente, não é possível sustentar, sem exceção, a fórmula *interesse*

³¹⁶ As OSCIPs foram introduzidas no ordenamento jurídico por meio da lei 9.790 de março de 1999.

³¹⁷ Foi por meio da lei 9.637 de maio de 1998 que as Organizações Sociais, como entidades de apoio à Administração Pública, foram delineadas.

³¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de Interesse...**, p. 117

³¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Id. Ibid.*

³²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Id.* p. 116.

titularizado ou gerido pelo Estado igual a interesse público, haja vista a recente história política brasileira em que o Estado investiu-se na titularidade de inúmeros interesses privados. Nesse sentido, ainda é possível argumentar que a natureza do interesse, seja público ou seja privado, não deriva de quem possui a sua gestão ou titularidade, porquanto até mesmo são admitidas atividades estatais, em alguns casos submetidas a um regime privado, como na contratação de seguros pela Administração, por exemplo, revelando-se então que o regime jurídico utilizado também não seria apto a definir um interesse como público.

3.3.5. O Interesse Primário e o *Interesse público Secundário*.

Nada obstante a superação, pela doutrina, da idéia de que os interesses públicos necessariamente precisam ser geridos pelo Estado, não se pode desgrudar de que o *interesse público* encontra no ente estatal a seu maior gestor. O Estado como administrador de interesses públicos presentes na sociedade encontra albergue tanto da doutrina nacional quanto na doutrina estrangeira. Os estudos produzidos por Renato Alessi, no âmbito da doutrina italiana, são marcos para a disciplina do *interesse público* gerido pelo Estado. É o citado autor que promove a bifurcação ente o denominado *interesse público primário* e o *interesse público secundário*.

Nesta perspectiva, é possível se afirmar que o *interesse público* propriamente dito pode também ser denominado de interesse primário em oposição ao *interesse público secundário*. Em uma primeira aproximação, este interesse deve ser entendido como aquele atinente tão-só ao aparato estatal como ente personalizado, ao passo que os interesses públicos primários seriam aqueles pertencentes à coletividade como um todo. Celso Antônio Bandeira de Mello, dedicando-se a explicar a divisão entre o interesse primário e o interesse secundário trazida a lume por Renato Alessi, afirma que:

Interesse público ou primário, repita-se, é o pertinente à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a *lei* consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão-só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada, e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa. (...) Com efeito, por exercerem função, os sujeitos de Administração Pública têm que buscar o atendimento do interesse alheio, qual seja, o da coletividade, e não o interesse de seu próprio organismo, tal qual considerado, e muito menos o dos agentes estatais.³²¹

A título de exemplificação, mister se faz a indicação do autor em questão, acerca da atuação do Estado frente aos interesses (próprios ou não) por ele geridos:

Poderia, portanto, ter o interesse secundário de resistir ao pagamento das indenizações, ainda que procedentes, ou de denegar pretensões bem-fundadas que os administrados lhe fizessem, ou de cobrar tributos ou tarifas por preços exagerados. Estaria, por tal modo, defendendo interesses apenas “seus, enquanto pessoa, enquanto entidade animada do propósito de despender o mínimo de recursos e abarrotar-se deles ao máximo. Não estaria, entretanto, atendendo ao *interesse público*, ao interesse primário, isto é, àquele que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade: o da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar o interesse de todos.³²²

É exatamente por este motivo que a doutrina afirma que somente os interesses primários, públicos propriamente ditos, deveriam ser perseguidos pela entidade que os representa, já que os interesses secundários não podem, sob pena de inversão da função estatal, serem atendidos senão quando coincidentes com interesses primários, da coletividade.

Em síntese, admitindo-se o Estado como um ente gestor dos interesses públicos vigentes na sociedade, teria ele a função de garanti-los em um primeiro momento e de afirmá-los e concretizá-los em um segundo. Estes interesses, embora garantidos, afirmados e concretizados pelo ente estatal, a ele não pertencem. Eles se opõem, de certa forma e inclusive, aos interesses pertencentes ao próprio Estado, recebendo a denominação de secundários por Renato Alessi e que só poderiam ser realizados se intrinsecamente relacionados ao *interesse público*, também chamado de interesse primário pelo professor italiano.

³²¹ BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª ed., São Paulo: 2001. p. 44.

³²² BANDEIRA DE MELLO. Celso Antonio. *Op. cit.*, p. 44.

3.4. O que o *Interesse público* Contemporâneo não é: Os Critérios Quantitativos e Qualitativos para a Determinação do *Interesse público*.

Para além dos critérios elencados acima para a definição do *interesse público*, permanecem ainda muito arraigadas na sociedade, algumas fórmulas técnicas (de qualidade e de quantidade) que poderiam ser aptas para a sua delimitação.

Embora se mostrem claramente insuficientes para a devida aferição do *interesse público* na contemporaneidade, faz-se importante a análise dos citados critérios de quantidade utilizados, baseados unicamente em questões matemáticas, em torno das idéias numéricas de maioria, de minoria, do todo e da unidade.

A primeira noção que advém da quantificação de determinado interesse para elegê-lo como público, seria o entendimento preliminar de que o *interesse público* é derivado do interesse privado. Nesta perspectiva aritmética, o *interesse público* seria aquele que correspondesse à soma da totalidade dos interesses privados. Não haveria, sob este critério, qualquer avaliação qualitativa entre os interesses privados e o *interesse público*, mas tão somente, este último representaria a simples soma dos demais interesses presentes na sociedade.

As noções qualitativas, ao seu turno, baseiam-se na idéia de que o *interesse público* seria distinto do interesse privado porque seria o real interesse da *sociedade*, a qual considerada uma instituição social,³²³ não se confundiria com o somatório dos indivíduos. Baseando-se em um enfoque sociológico, pode-se afirmar que o todo (*sociedade*) é mais do que o produto da soma das unidades, e inconfundível com esta, haja vista que ela:

supera e transcende, no tempo e no espaço, os indivíduos que a integram, inclusive na acepção de que a modificação individual não afeta a identidade do grupo. Os valores do passado, integrados como patrimônio cultural permeiam a comunidade, moldando cada indivíduo. Os interesses individuais não são produzidos autonomamente por cada ser

³²³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Id.* p. 120.

humano, mas são o resultado da conjugação da individualidade com o ambiente (social, inclusive) circundante. Portanto, o *interesse público* pode desvincular-se dos interesses que, de modo concreto, algum particular detenha.³²⁴

Nessa perspectiva, dando continuidade ao estudo dos critérios de quantidade para a aferição do *interesse público*, impõe-se a verificação das fórmulas de maioria e minoria que seriam aptas a delinear um interesse como público.

3.4.1. Os Interesses da Maioria versus os Interesses da Minoria.

Com certa margem de certeza, é possível a afirmação de que a sociedade, e mesmo a doutrina, consideram o *interesse público* simplesmente como o interesse da maioria. Para essa concepção, basta a maioria dos indivíduos da sociedade identificar um interesse comum, que ele seria público.

Esse ideário, contudo, é passível de inúmeras críticas. De início, é possível argumentar, consoante Marçal Justen Filho, que “não há como localizar uma maioria propriamente dita, com cunho de permanência. Nem existe um conjunto suficientemente homogêneo de interesses privados ao que se pudesse atribuir a condição de interesse da maioria. Sempre haveria uma pluralidade de sujeitos com interesses contrapostos e distintos”.

Aliás, além da dificuldade de localização do que seria a maioria da população, mostra-se ainda mais complexo, o fato de que o *interesse público*, pode muitas vezes ser coincidente com o interesse da minoria da população. Nesse caso, poder-se-ia afirmar, a título de exemplificação, que em determinada sociedade, sem dúvida, o *interesse público* poderia ser o de proteção de um grupo étnico minoritário, mesmo em contraposição à vontade da maioria dos membros da sociedade.

Há ainda inúmeras restrições a esse critério, merecendo destaque a seguinte passagem:

³²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Id. Ibid.*

Nem seria o caso de considerar a maioria como titular de dois interesses simultaneamente. Um seria aquele contraposto ao da minoria. Mas, ao mesmo tempo, a maioria teria interesse em que a minoria fosse prestigiada. Logo, seria *interesse público* tanto o da maioria quanto o da minoria. Neste caso, o interesse da minoria seria público não por alguma característica própria, mas por ser titular da maioria. A construção é obviamente artificiosa e impossível de ser sustentada. Basta lembrar que adotada tal concepção, desaparecerão os interesses privados: todos serão públicos.³²⁵

Impende-se alegar ainda que embora a concepção de República democrática caracterize-se pela prevalência do interesse da maioria quantitativa, é invidável que os interesses da minoria também devam ser garantidos, segundo os parâmetros que a Constituição determina. Por mais esta razão é que a noção de *interesse público* não deve se basear em critérios quantitativos. Aliás, o *interesse público* não pode ser tomado abstratamente como sinônimo de interesse da maioria, haja vista o fato de que existem nas sociedades interesses de minorias que se relacionam com intensidade muito maior ao *interesse público* que interesses da maioria, como a imperativa tutela de minorias raciais, através de políticas de inclusão social etc.

3.4.1. O *Interesse público* como o Somatório dos Interesses Privados.

Muito próxima à concepção anterior, neste tópico será examinado a idéia, muito difundida, de que o *interesse público* não possuiria nenhuma característica especial apta a qualificá-lo em face dos interesses privados, mas tão somente a característica de que se trataria do somatório dos interesses privados³²⁶.

Clara está essa concepção no pensamento de Héctor Jorge Escola, para quem:

El interés público, entendido con el carácter y el sentido que lhe hemos asignado, no tiene una entidad ontológica, substancial, diferente ala que presnta el interés individual: ambos son, em este aspecto, similares.(...) La única diferencia entre ellos radica em que mientras

³²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 122.

³²⁶ Para J. Roland Pennock, dois problemas emergem do exame do conceito de interesse público: (i) se é um conceito válido, (ii) se difere o interesse público da soma dos interesses privados. PENNOCK, J. Roland. **A Unidade e a Multiplicidade: Uma Observação sobre o Conceito.** In: **O Interesse público: Chave Essencial da Política pública.** In: FRIEDRICH, Carl. (Org.) **O Interesse público.** Trad. de Edílson Alkmin Cunha. São Paulo: O Cruzeiro, 1967. p. 179.

que el interés público es el resultado de la sumatoria de um número mayoritario de intereses individuales coincidentes, es interés individual pertenece a la persona.³²⁷

Embora de grande importância histórica, esta compreensão do *interesse público* também se encontra superada, seja em função das transformações sociais, que alteraram profundamente o papel do Estado e das instituições na sociedade moderna, tornando os interesses e aspirações individuais cada vez mais difusos, seja porque se trata de mais um critério técnico, fundado em dados meramente estatísticos para a identificação do *interesse público*, que não encontra mais ressonância atualmente.

A demonstração da necessária superação de critérios técnicos para aferição do *interesse público* será formulada no próximo item. Para tanto, toma-se por base a própria natureza axiológica do interesse tomado como público.

3.5. A Superação da Técnica: A Índole Ética do Conceito³²⁸.

Até o presente momento foram apresentados neste capítulo inúmeros critérios técnicos levantados pela doutrina para a aferição e delimitação do *interesse público*. Contudo, estes critérios são objeto de inúmeras críticas, haja vista a possibilidade, por eles proposta, de se abrolhar inúmeras conceituações de *interesse público*, ou ainda, em última análise, nenhum conceito de natureza unitária³²⁹.

³²⁷ ESCOLA. Héctor Jorge. *Op. cit.*, p. 242.

³²⁸ GRIFFITH, Ernest S. **Os Fundamentos Éticos do Interesse público**. In: FRIEDRICH, Carl. (Org.) **O Interesse público**. Trad. de Edílson Alkmin Cunha. São Paulo: O Cruzeiro, 1967. p. 25.

³²⁹ Para citar mais um conceito com pretensão de completude, destaca-se o estudo levado a efeito por Glendon Schubert, para quem o interesse público é, em geral, “um estímulo para a consciência e para a deliberação. É um sinal de que os direitos privados não exaurem o interesse público e de que os interesses privados incluem mitos mais do que interesses próprios. Um termo que desempenhe esse papel, muito embora deficiente de precisão, é tão valioso quanto inevitável. Além disso, em muitas aplicações particulares, o contexto da situação dá à expressão uma maior definição. Para tal uso, ele tem a virtude especial de servir como um receptáculo de juntar padrões. Um legislativo que delegue a um órgão administrativo o direito de regular de acordo com o interesse público não está simplesmente passando a responsabilidade para outrem. Está provendo os meios de aplicar uma política dinâmica e cada vez mais precisa, baseada na experiência, num contínuo contato com interesses especiais e na liberdade de buscar o bem-estar geral conforme são levados a encará-los. In: SCHUBERT, Glendon. **Existe uma Teoria do Interesse público?** In:

A demonstração da insuficiência dos critérios puramente técnicos para a adequada delimitação do *interesse público* se mostra quando, em casos concretos, a salvaguarda de um mesmo *interesse público* pode conduzir a decisões antagônicas e completamente opostas. Basta verificar que, em determinado momento histórico e em uma dada sociedade, o interesse da maioria seja observado, mas que, para continuar como maioria deseja que os interesses da minoria sejam ao menos prestigiados.

Nesse momento, é possível afirmar que tanto o interesse da maioria quanto o da minoria seriam realizados, embora pudessem ser completamente divergentes. O critério quantitativo para a aferição do *interesse público* cai por terra quando se denota que na *Sociedade* existem interesses que, nada obstante serem específicos de uma dada minoria, continuam a ser públicos.

Com o escopo ainda de se demonstrar que os critérios qualitativos e quantitativos para afirmação do *interesse público* se mostram insuficientes, pode-se argumentar concretamente que, em consonância com o *interesse público*, a saúde daqueles que possuem uma doença raríssima, deveria obrigatoriamente ser preservada, o que poderia promover eventual desatenção a programas de saúde pública geral. Isto é, tanto o custeamento do tratamento de uma doença de um indivíduo que envolva grande dispêndio de recursos públicos quanto o custeio de um programa de prevenção a uma doença se subsume igualmente a um interesse tido como público, em grau idêntico de intensidade. Nada obstante isso, são interesses públicos contraditórios e ambos devem ser realizados e harmonizados para serem supridos pelo Estado.

Nessa perspectiva é que se impõe um exame valorativo do *interesse público*. Como ambos devem ser realizados, deve-se sopesar qual destes interesses, em caso da impossibilidade de concretização concomitante dos dois, deve ser mitigado em proveito de outro.

Sendo assim, é necessário efetuar um juízo de ponderação entre ambos para o fim de verificar-se qual é o interesse que deve ser realizado de maneira mais premente. Esse raciocínio ponderativo fica mais simplificado quando se tratam de dois interesses mais distintos, como um *interesse público* e um interesse privado³³⁰, porque é plenamente possível o raciocínio de que “a transmutação do interesse privado em público não deriva de um imperativo meramente técnico, mas de imposições éticas”. (...) “O interesse deixa de ser privado porque a sua satisfação não pode ser objeto de alguma transigência”.³³¹

Com efeito, o interesse pode ser qualificado como público, quando a sua não realização possa gerar prejuízo a qualquer particular, isto porque as demandas efetivadas por imposição do *interesse público* veiculam valores que são intrinsecamente relacionados a princípios e Direitos Fundamentais, com especial destaque à dignidade da pessoa humana.

A não realização de um interesse individual, que quase sempre veicula um interesse egoístico, referente tão-só à pessoa que o pratica, caso seja deixado de ser realizado não gera prejuízo a valor ou Direito Fundamental, pois inclusive é submetido a princípios como a da autonomia da vontade, ao passo que um *interesse público*, jamais pode deixar de ser realizado, haja vista o fato de que, caso não seja efetivado, promove ofensa a tal ordem de valores fundamentais e à dignidade da pessoa humana, consagrados pelo Ordenamento Jurídico.

Pode-se argumentar, a título de exemplo, que a energia elétrica deveria ser considerada um *interesse público*, haja vista, em primeira análise, a dificuldade de as pessoas satisfazerem suas necessidades de energia elétrica individual e isoladamente. E, em segunda vista, a sua imediata relação, atualmente, a uma vida digna do ser humano.

³³⁰ Isso não significa, de modo algum, a afirmação de que um interesse público preponderaria sobre um interesse privado, automaticamente. Para verificar qual interesse deverá prevalecer, necessário se mostra a realização de um juízo de ponderação entre eles, consoante indicado no início deste capítulo.

³³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 124.

Até recentemente é irrefutável que tão somente o Estado fosse capaz de produzir energia elétrica suficiente para a satisfação das necessidades do referido bem na sociedade. Atualmente, porém, pode-se afirmar que existem particulares dispostos à satisfação desse interesse, o que, em caso de possibilidade jurídica, seria submetido a um regime em que as regras de mercado prevaleceriam. Nessa hipótese ocorreria a transmutação da energia elétrica de *interesse público* para interesse privado, pois somente aqueles que dispusessem de recursos poderiam possuí-la, o que por evidente seria um absurdo, haja vista a necessidade do referido bem para a salvaguarda de uma existência digna.

Desse exemplo, pode-se depreender que o *interesse público* possui um caráter ético intrínseco, que o relaciona diretamente a valores e Direitos Fundamentais como a dignidade da pessoa humana, que será objeto tanto do tópico, quanto do capítulo seguinte.

Denota-se do exposto que a utilização pelo Direito Administrativo do *interesse público*, como conceito, de índole ética que se relaciona à dignidade humana, não deve ser desprezada, pois pode propiciar, ainda, a salvaguarda dos valores e direitos coletivos plasmados na Constituição que não podem ser submetidos a um regime de transigência. Eles devem ser obrigatoriamente realizados.

3.5.1. A Dignidade da Pessoa Humana e a identificação do *Interesse público*³³².

A dignidade da pessoa humana como valor e princípio fundamental erigido pela Constituição Federal de 1988 será objeto de análise em capítulo exclusivo

³³² Argumenta Harold D. Lasswell que se deve buscar que a concepção do interesse público contribua para a realização da dignidade humana na escala mais ampla possível. Segundo o autor, não se deve “conduzir a discussão para postulados teológicos ou metafísicos dos quais possa ser derivado um compromisso com a dignidade humana”. In: LASSWELL, Harold D. **O Interesse público: Sugestões de Princípios de Conteúdo e de Método**. In: FRIEDRICH, Carl. (Org.) **O Interesse público**. Trad. de Edílson Alkmin Cunha. São Paulo: O Cruzeiro, 1967. p. 64.

neste trabalho. Por ora, contudo, faz-se imprescindível exame acerca da imediata relação que esse princípio fundamental possui com o interesse qualificado como público e o caráter também axiológico que lhe permite a fixação de referenciais para a identificação do *Interesse público*.

Levando-se em conta a premissa de que a identificação do *interesse público* não se basta em elementos e critérios técnicos, mas também por juízos axiológicos, porquanto possui uma índole ética, deve-se tomar a dignidade da pessoa humana como um *locus* fundamental para a aferição do *interesse público*.

Com efeito, o *interesse público* poderia ser classificado, como já afirmado, como o interesse que não poderia ser objeto de transigência, ou seja, que não poderia deixar de ser satisfeito, haja vista a sua direta vinculação com valores fundamentais e, em especial, com a dignidade da pessoa humana.

Destarte, constitui ainda o *interesse público* uma via de concretização da dignidade, que se estabelece como um princípio fundamental da República Federativa do Brasil.³³³

Tendo em vista a primordialidade da dignidade da pessoa humana em relação à categoria do *interesse público*, impõe-se o estudo desse fundamento da República Federativa do Brasil, o que será realizado no próximo título do trabalho, juntamente com o exame do atual estágio de aspectos relativos à Teoria dos Direitos Fundamentais, que, na contemporaneidade, representam os escopos dos Estado Constitucional.

³³³ A dignidade da pessoa humana é o princípio fundamental, de que todos os demais princípios derivam e que norteia todas as regras jurídicas. Mesmo a supremacia e indisponibilidade do interesse público são subordinadas a ele. Mais precisamente, supremacia e indisponibilidade do interesse público são a via insubstituível para realização da dignidade da pessoa humana, que consiste na concepção de que o ser humano não é instrumento, em qualquer das acepções que a palavra apresenta. O ser humano não pode ser tratado como objeto. É o sujeito de toda a relação social e nunca pode ser sacrificado em homenagem a alguma necessidade circunstancial ou, mesmo, a propósito da realização de fins últimos de outros seres humanos ou de uma coletividade indeterminada. O fim primeiro e último do poder político é o ser humano, ente supremo sobre todas as circunstâncias. JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 125.

TÍTULO DOIS

OS ESCOPOS DO ESTADO CONSTITUCIONAL.

*“Distribuir mais aos que têm menos, e vice-versa”.*³³⁴

Apresentados os principais elementos que acompanham e, igualmente, dão ensejo à travessia entre o Estado de Direito e o Estado Constitucional³³⁵, quais sejam: a mudança relativa à dicotomia público-privado; ao papel do Direito, que se torna mais principiológico do que o modelo jurídico antecedente e o *interesse público*, que deixa de ser uma categoria infensa ao Direito para se tornar plural e apresentar uma índole ética, conveniente se apresenta o estudo dos escopos do Estado Constitucional, assentados pela Carta Constitucional.

No capítulo II, relativo às mudanças no Direito, viu-se também que o

³³⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicomâno*. 1131. p. 10.

³³⁵ Na travessia entre o Estado de Direito e o Estado Constitucional, os elementos pertinentes à transformação de um modelo para outro atuam tanto como sujeitos da travessia, como objeto dela, isto é, colocam-se tanto como agentes da travessia, como também como resultantes dela.

sistema jurídico assumiu uma função principiológica dirigente ou programática, ou seja, passou a estabelecer condições sociais e econômicas, no âmbito do dever-ser, que deveriam ser progressivamente alcançadas.

Essas condições, em última análise, referem-se à salvaguarda dos requisitos mínimos³³⁶ para que seja assegurada uma vida digna a todos os cidadãos, decorrentes de prestações e de proibições a serem implementadas pelos aparatos estatais, que, no âmbito do Estado Constitucional, acabam por representar o seu desígnio.

Há diversos autores que consideram a democracia também como um dos escopos do Estado Constitucional, haja vista que este teria uma estrutura axiológica similar ao Estado Social e Democrático de Direito. Entretanto, a democracia, para que seja atingida em sua plenitude, exige que todos os cidadãos possam exercê-la em igualdade de condições³³⁷ e, tal isonomia substancial pressupõe o exercício de certos direitos precedentes, como o direito à saúde, à educação, necessários para que a deliberação coletiva possa se concretizar adequadamente.

Eis porque, para o recorte teórico tracejado pelo presente trabalho,

³³⁶ O estabelecimento de condições mínimas, como será adiante demonstrado, relacionadas à dignidade da pessoa humana é fenômeno típico do Estado Constitucional, cujos Direitos Fundamentais assegurados e derivados em maior ou menor grau da dignidade da pessoa humana, apresentam uma dimensão objetiva, como explicita José Carlos Vieira de Andrade: “fazer ver que os Direitos Fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe a prosseguir”. In: ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998. p.144-145.

³³⁷ O exercício da democracia depende da promoção antecedente dos Direitos Fundamentais que permitem aos cidadãos exercer com plenitude o seu direito de participação democrática. Mas a promoção desses Direitos Fundamentais pela Administração Pública também exige que os atores sociais participem da deliberação, para formular e exigir a execução de políticas públicas adequadas à garantia do exercício destes direitos. Nesse sentido, acerca da necessidade de rompimento com a perspectiva tradicional que concebe a Administração Pública como atividade meramente institucional, sustenta Rogério Gesta Leal que “o conceito de democracia procedimental implica outros conceitos estruturais de Poder Político e de Participação Política, baseados numa sustentação teórica dual, relacionado, não apenas, com a formação da vontade política institucionalizada na dicção parlamentar, mas também com uma noção de esfera pública revitalizada, que aloca a um conjunto orgânico de arenas políticas informais, composta de velhos e emergentes atores/cidadãos, dialogicamente discursivas e democráticas, inovadoras competências soberanas de interlocução, deliberação, formulação e execução de políticas públicas sociais”. In: LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração...**, p. 77.

colocam-se, como fins do Estado Constitucional, a dignidade da pessoa humana, em sua dimensão normativa, ínsita ao sistema jurídico, e os Direitos Fundamentais dela decorrentes³³⁸, consoante será examinado nos dois capítulos subseqüentes.

O que não implica, de modo algum, a exclusão dos demais objetivos postos pela Constituição à República Federativa Brasileira. Ao contrário, entende-se que eles serão realizados, em maior ou menor intensidade, na medida em que os Direitos Fundamentais e os Direitos Sociais sejam efetivamente promovidos e a dignidade humana a todos os cidadãos plenamente assegurada.

³³⁸ Em regra, é possível se considerar os Direitos Fundamentais como concretizações, em maior ou menor grau, do princípio da dignidade da pessoa humana, podendo-se, inclusive sustentar que “esse princípio é que acaba sendo assegurado mediante a proteção outorgada aos Direitos Fundamentais, e não estes por aquele. Cuida-se, no mínimo, de uma influência recíproca e, portanto, de uma via de duas mãos”. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 408-409.

CAPÍTULO I

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO ELEMENTO FUNDANTE E ESTRUTURAL DO ESTADO CONSTITUCIONAL.

“Tudo o que pode ser comparado, pode ser trocado, tem um preço; o que não pode ser comparado, não pode ser trocado, não tem preço, mas dignidade: o homem”. Immanuel Kant.

Este capítulo tem por escopo o estudo da Dignidade da Pessoa Humana, elevado a fundamento da República Federativa Brasileira pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, inciso III. Para tanto, será concretizada breve incursão histórica acerca do tema, seguida da exposição dos seus alicerces. Além disso, buscar-se-á, ainda, a realização de uma espécie de decomposição do seu núcleo, visando a uma regência da sua aplicabilidade, haja vista a sua extensão e amplitude, nos princípios que se encontram implícitos no juízo da dignidade humana: igualdade, integridade psicofísica, liberdade e solidariedade. Nesta linha, ainda, relacionando a dignidade humana como valor fim de qualquer *política pública*, será efetuado exame do princípio em foco, como limite e tarefa da atuação do Estado.

1.1. O Percurso Histórico da Noção da Dignidade Humana.

Embora o surgimento de questões relacionadas à dignidade do homem, entendida como valor intrínseco da pessoa humano, tenham raízes longínquas no pensamento clássico e na doutrina cristã, pode-se afirmar, consoante lição de Ingo Wolfgang Sarlet que “no pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade”,³³⁹ e que somente após o fim da segunda grande guerra a concepção contemporânea da intangibilidade da dignidade da pessoa humana veio a consolidar-se.

No período medieval, profundamente influenciado pelos pensamentos eclesiástico e estóico, destaca-se São Tomás de Aquino, que trouxe a lume o termo “*dignitas humana*”. Expressão essa que veio a ser, inclusive, cunhada no período renascentista e na idade moderna.

Foi com o pensamento cristão, no entanto, que a idéia de uma dignidade pessoal, atribuída a cada indivíduo, foi concebida. Neste diapasão, pode-se afirmar que Tomás de Aquino compreende a dignidade sob dois prismas diferentes: “a dignidade é inerente ao homem, como espécie; e ela existe *in actu* só no homem enquanto indivíduo, passando desta forma o homem deve agora não mais olhar apenas em direção a Deus, mas voltar-se para si mesmo, tomar consciência de sua dignidade e agir de modo compatível. Mais do que isso, para Tomás de Aquino, a natureza humana consiste no exercício da razão e é através desta que se espera sua submissão às leis naturais, emanadas diretamente da autoridade divina”.³⁴⁰

Nos séculos XVII e XVIII, período fértil no pensamento *jusnaturalista*, Ingo

³³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 30.

³⁴⁰ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **O Conceito de Dignidade Humana: Substrato Axiológico e Conteúdo Normativo**. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. (org: Ingo Wolfgang Sarlet) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 110.

Wolfgang Sarlet salienta que a concepção da dignidade da pessoa humana, assim como a idéia do direito natural em si passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade.³⁴¹ Destacaram-se, nesse período, Samuel Pufendorf, para quem “mesmo o monarca deveria respeitar a dignidade da pessoa humana, considerada esta como a liberdade do ser humano de optar de acordo com sua razão e agir conforme o seu entendimento e sua opção”³⁴² e Immanuel Kant, um dos grandes expoentes do desenvolvimento da temática.³⁴³

A concepção Kantiana acerca da dignidade tem como pressuposto a autonomia ética do ser humano, que engloba a liberdade de que dispõe a pessoa humana de optar de acordo com a razão e de agir conforme o seu entendimento e opção³⁴⁴. A análise da conceituação de dignidade da pessoa humana elaborada por Immanuel Kant será exposta, de forma mais detida, no item subsequente, que disserta sobre os alicerces da dignidade humana.

Apesar da grande influência do pensamento do citado filósofo alemão no pensamento ocidental contemporâneo, as constituições contemporâneas passaram a adotar a dignidade da pessoa humana como fundamento, caso da CF/88, ou como um princípio tão somente, após a segunda metade do século XX, quando, no âmbito do Direito Internacional, começa a delinear-se um sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos.³⁴⁵

Merece destaque o fato de que as bandeiras do movimento

³⁴¹ BODIN DE MORAES, *Id.* p. 32.

³⁴² PUFENDORF, Samuel. Apud. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. p. 32.

³⁴³ ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social**. In: Revista Interesse público. nº 4, 1999. Outubro/dezembro 1999. São Paulo: Notadez, 1999. p. 27.

³⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade...**, p. 33.

³⁴⁵ COMPARATO. Fábio Konder. **A Afirmação Histórica...**, p. 52.

Constitucionalista europeu, levantadas no final do século XVIII, coincidem exatamente com a limitação do poder do Estado e a preservação de direitos individuais, Não obstante, somente cerca de duzentos (200) anos após esses direitos vieram a ser positivamente albergados, sendo que a sua efetivação ainda pode ser questionada³⁴⁶. Nesse sentido, interessante a transcrição do artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Toda sociedade, em que a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”.³⁴⁷

No Brasil, somente em 1988, com a promulgação da atual Constituição, é que se erigiu “um sistema Constitucional consentâneo com a pauta valorativa afeta á proteção ao ser humano, em suas mais vastas dimensões, em tom nitidamente principiológico, a partir do reconhecimento de sua dignidade intrínseca”³⁴⁸. Sistema esse já assegurado pela Lei Fundamental Alemã (Grundgesetz) desde 23 de maio de 1949; pela Constituição Portuguesa, desde 02 de abril de 1976 e pela Constituição Espanhola desde 29 de dezembro de 1978.

É preciso destacar que a elevação da dignidade da pessoa humana à posição de centralidade nas cartas magnas da maioria dos países, no final do século XX, deve-se principalmente aos genocídios causados pelas grandes guerras mundiais. Nesse sentido argumenta Fábio Konder Comparato:

Após três lustros 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 Histórica, o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento

³⁴⁶ Buscando colocar os Direitos Fundamentais como algo vivo e presente no cotidiano das sociedades, faz-se necessário diminuir o fosso abissal existente entre sua afirmação teórica e prática efetiva. Para dar início a esta caminhada da efetivação dos Direitos Fundamentais é imperativo que se parta de uma hermenêutica Constitucional que efetivamente coloque a Constituição como centro real do ordenamento, buscando, assim, uma aplicabilidade direta das normas e princípios constitucionais. Nesse passo, é sob as lentes da dignidade da pessoa humana que esta problematização deve ser focada enquanto escopo e fundamento necessários e presentes no núcleo dos Direitos Fundamentais.

³⁴⁷ PIOVESAN, Flávia e VIEIRA, Renato Stanzola. **A Força Normativa dos Princípios Constitucionais: A Dignidade da Pessoa Humana.** p. 357.

³⁴⁸ PIOVESAN, Flávia e VIEIRA, Renato Stanzola. *Id.* p. 358.

como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio a aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos.³⁴⁹

Inaugura essa fase de proteção internacional dos direitos humanos a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948, e a Carta das Nações Unidas de 1945. Esta última, em seu preâmbulo, faz referência à dignidade da pessoa humana, nos seguintes termos:

Nós, os povos das Nações Unidas, resolvemos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indivisíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos Direitos Fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como nas nações grandes e pequenas (...)³⁵⁰

No mesmo sentido, a Declaração Universal dos Direitos do Homem indica no seu artigo 1º: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. São dotados de razão e de consciência e devem agir uns para com os outros num espírito de fraternidade”. Na Carta Magna de 1988, o legislador constituinte brasileiro, consentâneo com as influências das Constituições européias já nomeadas, erigiu a dignidade da pessoa humana, como anteriormente afirmado, a princípio fundamental da república, no artigo 1º, inciso III.

Expressa Romeu Felipe Bacellar Filho que “diferentemente das sete Constituições anteriores, a atual é fruto da participação de todos os segmentos da sociedade. Ainda que impregnada por determinados vícios, começa como a pessoa humana, sendo chamada de ‘Constituição cidadã’.³⁵¹ Acentua ainda o citado autor, que a dignidade do ser humano, sendo erigida a fundamento do Estado Democrático de Direito, demonstra que o seu principal destinatário é o homem em todas as suas dimensões.³⁵²

Além de fundamento da República (artigo 1º, III), o texto Constitucional

³⁴⁹ COMPARATO. Fábio Konder. **A Afirmação Histórica...**, p. 54.

³⁵⁰ ANTUNES ROCHA. Carmem Lúcia. *Op. cit.*, p. 30.

³⁵¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 21.

³⁵² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Id. Ibid.*

brasileiro recepciona a dignidade da pessoa humana em outras três ocasiões: (i) como a finalidade assegurada no exercício da atividade econômica, tanto pelo Estado quanto pelos particulares (artigo 170, *caput*); (ii) como princípio essencial da família (artigo 226, § 7º) e (iii) como direito fundamental da criança e do adolescente (artigo 227, *caput*).

Merece anotação o fato da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, promulgada em 2000, prever em seu artigo primeiro a proteção à dignidade humana: “A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida”. Dedicou a recém editada Carta um capítulo à Dignidade da Pessoa Humana, tutelando o direito à vida, à integridade do ser humano, à proibição de torturas e tratamentos desumanos ou degradantes e à proibição à escravidão e ao trabalho forçado.³⁵³

É preciso afirmar que a dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental, é um valor que foi edificado ao longo da evolução histórica da humanidade. A essa espécie de juízo opõem-se concepções jusnaturalistas, que entendem dignidade como um valor superior, fundado em um modelo abstrato ou ideal, e que possui validade independentemente de considerações espaciais ou temporais.³⁵⁴

Sobre a dignidade da pessoa humana pode-se afirmar que, no sentido em que é compreendida contemporaneamente, “como princípio fundamental, de que todos os demais princípios derivam e que norteia todas as regras jurídicas”,³⁵⁵ não foi constituída como valor fundamental desde os primórdios da história. Ou seja, não derivou de algum direito ideal constituído previamente ao ordenamento jurídico e válido perenemente. Ao contrário, a sua validade e eficácia como norma

³⁵³ BODIN DE MORAES. Maria Celina. *Op. cit.*, p. 115.

³⁵⁴ Considerações importantes acerca de concepções jusnaturalistas dos Direitos Humanos podem ser extraídas da obra de Nelson Saldanha. Cf. SALDANHA. Nelson. **Direitos Humanos: Considerações Históricas – Críticas**. In: **Arquivos de Direitos Humanos**. Celso D. Albuquerque Mello e Ricardo Lobo Torres diretores. Vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

³⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito...**, p. 125.

que foi elevada acima das demais regras e princípios, deriva da necessidade própria da sua integração e sua proteção nos sistemas normativos.³⁵⁶

É com este viés de reflexão que se passará ao exame dos fundamentos do princípio da dignidade humana.

1.2. Os Alicerces Filosóficos do Princípio-Fundamento.

Antes de se analisar os fundamentos filosóficos da dignidade da pessoa humana, faz-se premente a verificação da posição normativa do referido princípio no ordenamento jurídico brasileiro.

O direito positivo pátrio, influenciado por outros ordenamentos, erigiu a dignidade da pessoa humana a princípio normativo fundamental da República, que lhe dá substrato e conduz as suas finalidades. Essa relação intrínseca e fundamental entre a República e a dignidade da pessoa humana também se faz presente na Constituição portuguesa, sobre a qual é imprescindível a citação de José Joaquim Gomes Canotilho, haja vista a sintetização do ideário promovida pelo autor:

Outra esfera constitutiva da República Portuguesa é a **dignidade da pessoa humana** (artigo 2.º). O que é ou que sentido tem uma República baseada na dignidade da pessoa humana? A resposta deve tomar em consideração o princípio material subjacente à idéia de dignidade da pessoa humana. Trata-se do *princípio antrópico* que acolhe a idéia pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis* (Pico della Mirandola) ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual (*plastes et factor*).³⁵⁷

Além disso, sustenta o autor que:

(...) Por último, a dignidade da pessoa humana exprime a abertura da República à idéia de **comunidade Constitucional inclusiva** pautada pelo multiculturalismo multiindividual, religioso ou filosófico. O exposto reconhecimento da dignidade da pessoa humana como *núcleo essencial* da República significará, assim, o *contrário* de “verdades” ou “fixismos” políticos, religiosos ou filosóficos. O republicanismo clássico exprimia esta idéia através dos *princípios da não identificação e da neutralidade*, pois a República só poderia conceber-se como ordem livre na medida em que não se identificasse com qualquer “tese”, “dogma”, “religião” ou “verdade” de compreensão do mundo e da vida. O republicanismo não pressupõe qualquer doutrina religiosa, filosóficas ou moral abrangente

³⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal, *Id.* p. 127.

³⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional...**, p. 225-226.

(J. Rawls). (grifos no original).³⁵⁸

Com esta mesma perspectiva acerca da dignidade e dos valores pautados como essenciais pelo e para o Estado Democrático de Direito, assevera Carmem Lúcia Antunes Rocha que o princípio da dignidade da pessoa humana é posto como fundamento da própria organização política do Estado Democrático de Direito, significando que este princípio “existe para o homem, para assegurar condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas que permitam que ele atinja os seus fins; que o seu fim é o homem, como fim em si mesmo que é, quer dizer, como sujeito de dignidade, de razão digna e supremamente posta acima de todos os bens e coisas, inclusive do próprio Estado”.³⁵⁹

Asseverou-se, durante a incursão histórica neste capítulo, que o princípio da dignidade da pessoa humana desenvolveu-se, sobretudo, após e a partir dos estudos de Immanuel Kant. Foi o pensador alemão que, tentando, na obra “Fundamentação da Metafísica dos Costumes” (Grundlegung zur Metaphysik der Sitten), dar fundamento a um dos imperativos categóricos universais por ele formulados, a saber: “Age como se a máxima da tua ação se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza”,³⁶⁰ demonstrando, pois, o caráter único e finalístico em si mesmo do ser humano.

Argumenta o filósofo que **“o homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio** para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado *simultaneamente como fim*”.³⁶¹ (grifo no original)

Apresentou, o autor em questão, este fundamento para alicerçar o

³⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Id. Ibid.*

³⁵⁹ ANTUNES ROCHA. Carmem Lúcia. *Op. cit.*, p. 34.

³⁶⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. In: *Crítica da Razão Pura e outros Textos*. (trad. Paulo Quntela) 1ª ed., São Paulo: Abril Cultural S/A, 1974.p. 224.

³⁶¹ KANT, Immanuel. *Id.* p. 229.

seguinte imperativo categórico: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, **sempre e simultaneamente como fim e nunca como meio**”.³⁶²(grifo no original)

De acordo com Kant, na sociedade existem duas categorias de valores: o preço (*Preis*) e a dignidade (*Würden*). Enquanto o primeiro representa um valor exterior, de mercado e manifesta interesses particulares, a dignidade representa um valor interior (moral) e é de interesse geral. As coisas, nesse sentido, têm um preço; as pessoas, dignidade. O valor moral, por conseguinte, encontra-se indiscutivelmente acima do valor de uma mercadoria porque, ao contrário deste, não admite ser substituído por equivalente. Daí advém, pois, a máxima kantiana de que o homem não pode jamais ser transformado em meio para alcançar quaisquer fins.

Independente de toda a contribuição teórica historicamente produzida sobre a dignidade do ser humano, alguns autores o classificam como um conceito fluido, elástico, indeterminado, porque, de maneira distinta do que ocorre com outros Direitos Fundamentais, não se pauta exclusivamente em aspectos restritos da vida humana, como a intimidade, a integridade física, conceitos cuja compreensão mostra-se mais simples. Ao contrário, a dignidade humana se pauta em uma idéia mais ampla que engloba e exterioriza todos essas expressões que se sintetizam nela.

Pode-se, entretanto, afastar o argumento da abstração e indeterminação do princípio *in foco* por vários ângulos, a começar pela própria existência concreta da dignidade do ser humano, que se manifesta como um valor próprio que identifica o ser humano como tal, bem como pelos diversos matizes em que pode se revelar.

Superando a concepção de que a dignidade da pessoa humana seria um conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado por uma “ambigüidade”

³⁶² KANT, Immanuel. *Id. Ibid.*

e “porosidade” marcantes em um conceito cuja natureza é necessariamente polissêmica³⁶³, diversos autores têm buscado uma delimitação do princípio-fundamento da dignidade da pessoa humana.

Recepcionando a contribuição da Kant para a edificação do princípio da dignidade, bem como a necessidade da sua proteção pelo ordenamento jurídico, destaca-se Ingo Wolfgang Sarlet, que conceitua a dignidade da pessoa humana como:

“(...)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, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.³⁶⁴

A concepção acima apresentada mostra-se na medida exata em que permite a compreensão do que seja a existência da dignidade da pessoa humana, de uma maneira concreta, garantindo as condições mínimas para uma vida saudável, bem como permite mecanismos de proteção a ela, seja em face dos particulares, seja em face do próprio Estado.

Alexandre de Moraes, ao seu turno, concebe e expõe de maneira exauriente a noção da dignidade da pessoa humana a partir das suas manifestações em outros direitos e garantias fundamentais, no estabelecimento da normatividade da família, bem como a sua inter relação com os princípios conformadores da ordem política e social do Estado Democrático de Direito. Conquanto extensa, faz-se importante a sua citação:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente [a] pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos Direitos Fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. **O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como consequência imediata da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.**³⁶⁵

³⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade...**, p. 38.

³⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Id.* p. 60.

³⁶⁵ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3ª ed., São Paulo: Atlas,

Argumenta ainda o autor que:

Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A idéia da dignidade da pessoa humana encontra no novo texto Constitucional total aplicabilidade em relação ao planejamento familiar, considerada a família célula da sociedade, seja derivada do casamento, seja de união estável entre homem e mulher, pois fundamento nos princípios da dignidade da pessoa e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos por parte das instituições oficiais ou privadas (CF, ART. 226, § 7.º). o princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da *dignidade da pessoa humana* apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a dignidade do seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria. A concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do direito romano: *honestere vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudique ninguém) e *suum cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido). Ressalte-se, por fim, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução n. 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 12-10-1948, e assinada pelo Brasil na mesma data, reconhece a dignidade como inerente a todos os membros da família humana e como fundamento da liberdade e paz no mundo.³⁶⁶

Embora estas concepções demonstrem o caráter material e concreto da dignidade da pessoa humana, não são poucos os autores que refutam a idéia da dignidade da pessoa humana como valor palpável, recepcionado pelo Ordenamento Jurídico porque possui uma aplicabilidade concreta. Ao contrário, há a afirmação, por parte da doutrina de que a dignidade da pessoa humana³⁶⁷ é um conceito por demais abstrato, devendo apenas servir de base para a aplicação de outros princípios fundamentais, como a intimidade, a autodeterminação, a integridade psicofísica etc.

Recusando esta visão que se afasta de uma práxis transformadora, a filosofia do Direito traz, atualmente, um argumento definitivo para fundamentar o caráter concreto e auto-aplicável da dignidade da pessoa humana. Trata-se, pois, do paradigma, recentemente difundido, da vida concreta de cada sujeito.³⁶⁸ Este

2000. p. 60-61.

³⁶⁶ MORAES, Alexandre de. *Id. Ibid.*

³⁶⁷ Crítica contundente à doutrina que nega a aplicabilidade imediata à dignidade da pessoa humana é realizada por RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. Doutrina e Jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2002.

³⁶⁸ Cf. DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação - Na Idade da Globalização e da Exclusão.** Petrópolis: Vozes, 2000.

novo modelo tomou corpo a partir do paradigma da razão comunicativa³⁶⁹ de Jürgen Habermas. Em outras palavras, a idéia da razão comunicativa visa à demonstração de que a linguagem é condição essencial de possibilidade para a existência humana. A partir desta ordem de idéias funda-se o quarto (4º) momento de apreensão *jusfilosófica*, que tem sua condição de possibilidade de existência para tudo (vida humana e/em sociedade), na própria vida.

Nesse diapasão, a vida deixa de ser o primeiro e mais fundamental direito tutelado pelo ordenamento jurídico para se tornar condição essencial de possibilidade dos outros direitos. Desenvolve-se aí a concepção da supremacia da vida humana e que, para ser entendida como vida, necessariamente deve ser digna.

Este paradigma impõe pensar a vida sob um aspecto material, ou seja, o ponto de partida deste modelo é a vida como um conteúdo material, pois, a princípio, a vida é também biológica. Assim sendo, pode-se afirmar que a vida nunca irá reduzir-se a uma mera abstração, haja vista seu substrato concreto, físico e biológico.³⁷⁰

As críticas apresentadas à dignidade da pessoa humana, como uma concepção puramente abstrata, baseiam-se, ainda, no ideário cartesiano, haja vista que René Descartes suprimiu uma visão física e biológica do seu pensamento, o qual traz em si uma índole essencialmente racionalista, própria do iluminismo: “penso, logo existo”.

Esse novo paradigma filosófico demonstra, portanto, o fundamento material da dignidade da pessoa humana, soterrando as críticas quanto a sua feição abstrata e intangível.

³⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. v. 1., trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

³⁷⁰ MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. São Paulo: Palas Athena, 2001.

Ultrapassadas, então, essas questões relativas à materialidade da dignidade da pessoa humana, convém, neste momento, apresentar o núcleo do princípio em questão, que não visa apenas a garantir o respeito e a proteção da dignidade no sentido, de assegurar um tratamento humano e não degradante e, tampouco, conduz ao mero oferecimento de garantias à integridade física do ser humano.³⁷¹

Ao contrário, pela sua amplitude não abstrata, é que a dignidade do ser humano deve ser assegurada. Nesse sentido, manifesta-se Maria Celina Bodin de Moraes:

Neste ambiente, de um renovado humanismo, a vulnerabilidade humana será tutelada, prioritariamente, onde quer que ela se manifeste. De modo que terão precedência os direitos e as prerrogativas de determinados grupos considerados, de uma maneira ou de outra, frágeis e que estão a exigir, por conseguinte, a especial proteção da lei. Nestes casos estão as crianças, os adolescentes, os idosos, os portadores de deficiências físicas e mentais, os não-proprietários, os consumidores, os contratantes em situação de inferioridade, as vítimas de acidentes anônimos e de atentados a direitos da personalidade, os membros da família, os membros de minorias, dentre outros.³⁷²

Sob este olhar, não é possível olvidar que a dignidade da pessoa humana abrange todos os setores da ordem jurídica. Entretanto, esta qualidade (amplitude) do princípio em tela traduz dificuldade, tendo em vista a ampliação desmesurada das conotações que enseja. A generalização absoluta que pode abrolhar, em última análise em vasta abstração, quiçá, de alguma maneira, inviabilize a sua aplicação concreta.

A partir dessas premissas, a doutrina intentou viabilizar o substrato conceitual do princípio-fundamento em tela, novamente a partir da concepção kantiana. Baseou-se nos postulados filosóficos do autor alemão para determinar que o conceito de dignidade, como um valor intrínseco à pessoa humana, deve afastar e mitigar tudo aquilo que puder reduzir a pessoa à condição de um objeto direcionado a um fim.

Como conceito plurívoco e aberto torna-se impossível “reduzir a uma

³⁷¹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Op. cit.*, p. 116.

³⁷² BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Id.* p. 117.

fórmula abstrata e genérica aquilo que constitui o conteúdo da dignidade da pessoa humana”. Assim, esta discussão acerca da dignidade e a delimitação do escopo que esta toma por base apenas pode ser levada a cabo no caso concreto. Deve haver na “verificação no caso concreto uma efetiva agressão contra a dignidade da pessoa humana”³⁷³. Não obstante a dificuldade de delimitação, Ingo Wolfgang Sarlet identifica a integridade física, a isonomia, a proteção da vida e o resguardo da intimidade enquanto pilares fundantes do conceito hodierno de dignidade da pessoa humana.

Por sua vez, Ana Paula de Barcellos, ao estudar a materialidade do princípio da dignidade, indica que ele pode se assentar sobre o denominado *mínimo existencial*. Para a autora:

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.³⁷⁴

Consoante a citação acima, esse *mínimo fundamental*, ou melhor, o núcleo da dignidade da pessoa humana cinge-se em quatro elementos principais – três materiais e um instrumental: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à justiça.

Com o mesmo objetivo, Maria Celina Bodin de Moraes promoveu a fixação e o desdobramento do substrato material da dignidade da pessoa humana em quatro postulados: “(i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) mercedores do mesmo respeito à integridade psicofísica que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado”.³⁷⁵

³⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia...**, p. 107.

³⁷⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia...**, p. 198.

³⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Id.* p. 117.

Desta elaboração levada a efeito por Maria Celina Bodin de Moraes acerca dos alicerces sobre os quais a noção da dignidade da pessoa humana se apóia, são corolários os seguintes princípios jurídicos: a igualdade, a integridade física e psíquica, a liberdade e a solidariedade. A cada um destes princípios decompostos do princípio-fundamento da dignidade da pessoa humana, será efetuado exame particular a seguir. Quanto ao mínimo existencial, far-se-á exame mais detido no capítulo seguinte, referente à salvaguarda dos Direitos Fundamentais.

1.2.1. A Igualdade.

É de simples percepção a manifestação do princípio fundamental da dignidade da pessoa no substrato do princípio da igualdade. Pode-se depreender deste último princípio, primeiramente, o direito de qualquer pessoa não receber tratamento discriminatório, bem como o direito de ter direitos iguais a todos os demais. Esta formulação é, sem dúvida, uma modalidade da igualdade, a mais básica, que pode ser denominada de “igualdade formal”, cujo principal postulado é o de que “todos são iguais perante a lei”.

Essa forma de igualdade, todavia, é insuficiente para atingir os escopos deste princípio, isto é, não privilegiar, nem discriminar, haja vista as diferentes condições sociais, psicológicas e econômicas entre as pessoas. Para a consecução destes fins, deve ser adotada mais uma modalidade de igualdade, que é a igualdade substancial, que prevê a necessidade de tratar as pessoas quando se encontrarem em posição de desigualdade, em conformidade com a sua desigualdade. Esta pode ser considerada a formulação mais avançada da igualdade de direitos.³⁷⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello nessa linha acentua:

O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm

³⁷⁶ BODIN DE MORAES. Maria Celina. *Op. cit.*, p. 119.

a ser colhidas por regimes diferentes. Donde, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por abrigadas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos.³⁷⁷

O princípio da igualdade é assegurado pela Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, *caput*. Contudo, para que ele possa ter aplicação adequada, tanto quando se manifestar formalmente, perante a lei, quanto na igualdade substancial, assevera o professor acima citado que é necessária atenção com alguns juízos críticos, dentre os quais se destaca a correlação lógica entre o fator de discriminação e a ausência de equiparação procedida, bem como a imediata consonância da discriminação com os interesses protegidos na Constituição. Em outras palavras, significa que é necessário investigar o que é erigido como um critério discriminatório – pode-se dizer que deve estar em consonância com a tábua valorativa erigida pela CF/88 – e se existe justificativa à vista da desigualdade, para a atribuição do específico tratamento jurídico edificado em função desta desigualdade afirmada.

Sintetizando, nas palavras do mencionado professor, para a devida concretização do princípio da igualdade, procede afirmar que: “é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arrendamento do gravame imposto”.³⁷⁸

O Estado Constitucional, com efeito, impinge à igualdade real, ou material, a necessidade de impor-se, anteparando a manutenção do dogma liberal da igualdade formal que, escondida sob o véu de tratamento igualitário a toda coletividade, encobre a circunstância dos fragilizados e desfavorecidos que prescindem de tratamento desigual face às desigualdades sociais.³⁷⁹

³⁷⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed., 10ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2002. p. 13.

³⁷⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Id.* p. 38.

³⁷⁹ Neste sentido, Joaquim Barbosa Gomes: “Do embate entre as visões formal e substancial do problema igualitário que resultou o surgimento, em diversos ordenamentos jurídicos internacionais e na esfera do Direito Internacional dos Direitos Humanos, de políticas sociais de apoio e promoção de determinados grupos fragilizados. (...) Daí a consagração normativa das ações afirmativas.” In: GOMES, Joaquim Barbosa. **Direito, Sociedade Civil e Minorias no Brasil**

Em outras palavras, não se pode olvidar que, para além da igualdade formal assegurada pela ordem jurídica desde as bandeiras levantadas pela Revolução Francesa no século XVIII, impõe-se a implementação de uma igualdade substancial, que se consubstancia na afirmação da diferença. A concretização da referida equidade, contudo, somente se mostra possível com práticas sociais de apoio e de proteção, realizadas pelas comunidades e entes públicos.³⁸⁰

1.2.2. A Integridade Psicofísica.

Por longa data, esteve plasmada a idéia de que o princípio da dignidade da dignidade da pessoa humana reportava-se ou significava direta e exclusivamente a compreensão da integridade psicofísica de qualquer pessoa.

A noção de integridade psicofísica, nomeadamente no direito privado, tem recebido especial atenção nos últimos anos, haja vista que a sua compreensão tem servido de garantia a diversos direitos de personalidade, como a vida, o nome, a imagem, a honra, a privacidade, o corpo, a identidade pessoal entre outras.

A exegese da problemática atual, no tocante à integridade psicofísica, depende em grande parte, da compreensão da formação e do entendimento da racionalidade moderna.

Assim sendo, o sujeito moderno é concebido como ser que se autodetermina, que decide livremente sobre a sua vida, com vistas ao autodesenvolvimento da personalidade, já que este possui capacidade de dominar a si e à natureza através da razão.

Afirma Ingo Wolfgang Sarlet, neste influxo, que “não restam dúvidas de

da Virada do Milênio. In: DORA, Denise Dourado. **Direito e Mudança Social.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

³⁸⁰ GOMES, Joaquim Barbosa. *Id.*

que a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente o respeito e a proteção da integridade física e corporal do indivíduo”³⁸¹. Adiciona ainda o referido professor que é justamente esta centralidade que permite o desenvolvimento e manutenção da integridade corpórea e psíquica como “momento de sua própria, autônoma e responsável individualidade”³⁸².

Aduzindo à acuidade da proteção à integridade da pessoa, José Antônio Peres Gediél argumenta que “o direito à integridade física, do mesmo modo que o direito à vida e todos os demais direitos da personalidade, prescinde de expressão puramente econômica para ver afirmada sua existência, conforme anteriormente destacado. Pela mesma razão, a tutela a esses direitos não deve se limitar a conferir mera reparação econômica do dano a eles causados”.³⁸³

Embora a noção de que a proteção à integridade psicofísica do ser humano tenha se desenvolvido sobremaneira nos últimos anos, a noção de que a Dignidade da Pessoa Humana restringe-se à integridade psicofísica não deve ser levada em conta, haja vista os outros direitos e garantias a que ela também engloba, como a igualdade, por exemplo, tanto formal, quanto substancial.

1.2.3. A Liberdade Individual.

Discorrer sobre a noção de liberdade pode traduzir-se em uma das tarefas mais difíceis ao intérprete destinado a tal desígnio, porquanto ela se manifesta nas mais variadas formas e é tratada de modo fragmentário pelos doutrinadores. Nada obstante, ela se constitui em elemento essencial à noção da dignidade humana, razão pela qual, impende-se o seu destaque.

³⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia...**, p.109.

³⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. *Id.* p 108.

³⁸³ GEDIÉL, José Antônio Peres. **Os Transplantes de Órgãos e a Tutela da Personalidade**. Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR. Curitiba, UFPR, 1998. p.80.

Gerada a partir de uma concepção iluminista clássica, a liberdade é o baldrame fundamental sobre o qual se erigem todos os direitos ditos de defesa ou de primeira geração. Sua preocupação primeira é a de definir uma área de atuação estatal e outra, paralela e simultânea, de domínio individual, na qual estaria tecida uma jurisdição inteiramente inóspita a qualquer admissão estatal. São as chamadas “liberdades públicas negativas”, pois exige do Estado uma abstenção. Contudo, a liberdade encerrada apenas neste viés não fornece a satisfação das necessidades mínimas para que se encontre dignidade e sentido na vida humana.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet “onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana”.³⁸⁴ Deste modo remonta-se à concepção iluminista clássica de liberdade que exige do Estado, frente aos particulares, uma atuação negativa, ou melhor, uma não atuação. Neste influxo, adiciona o mencionado autor: “Na medida em que o exercício do poder constitui permanente ameaça para a dignidade da pessoa humana, há quem considere a limitação do poder como uma exigência diretamente decorrente desta, acarretando, entre outras conseqüências a necessidade de se tolerarem ingerências pessoais apenas com base na lei e desde que resguardado o princípio da proporcionalidade”.³⁸⁵

Pode-se afirmar, por conseguinte, que o princípio da liberdade individual se consubstancia, presentemente, em um espectro que compreende inúmeras perspectivas que vão desde a privacidade, a intimidade, até o livre exercício da vida privada. A liberdade individual, neste horizonte, significa, cada vez mais, a possibilidade de realização, sem interferências, as próprias escolhas individuais, para além disso, segundo Maria Celina Bodin de Moraes, o próprio projeto de vida, exercendo-o como melhor convier.³⁸⁶

³⁸⁴ GEDIEL, José Antônio Peres. *Id.* p. 109.

³⁸⁵ GEDIEL, José Antônio Peres. *Id.* p. 108.

³⁸⁶ BODIN DE MORAES. Maria Celina. *Op. cit.*, p. 136.

A relação deste princípio com a noção da dignidade e principalmente com o da solidariedade social pode ser extraída da seguinte passagem: "Ao direito de liberdade da pessoa, porém, será contraposto – ou com ele sopesado – o dever de solidariedade social, no sentido que se exporá a seguir, mas já definitivamente marcado pela consciência de que, se por um lado, já não se pode conceber o indivíduo como um *homo clausus* – concepção mítica e ilusória -, por outro lado, tampouco existem direitos que se reconduzam a esta figura ficcional".

Neste influxo, pode-se declarar que os princípios jurídicos e os direitos existem para serem exercidos em contextos sociais, em que a relação entre as pessoas não ocorre isoladamente, ao contrário, os seres humanos vivem e desempenham seus papéis sociais organizados, uns em meio aos outros, razão pela qual não há que se falar nesses princípios que preenchem o conteúdo da dignidade da pessoa humana, isoladamente.

1.2.4. A Solidariedade Social.

A noção de solidariedade social deriva da criação e assimilação do conceito de *humanidade*, que foi criado e elaborado para dar uma resposta satisfatória aos genocídios praticados no período das grandes guerras mundiais. Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, foi a noção de "crimes contra a humanidade", até então inexistente, que possibilitou que se começasse a pensar na humanidade como uma coletividade merecedora, enquanto tal, de proteção jurídica. Nesse passo, afirma a autora que "assim é que os incisos do artigo 3º conclamam os Poderes a uma atuação promocional, através da concepção de justiça distributiva, voltada para a igualdade substancial, vedados os preconceitos de qualquer espécie. Não há lugar, no projeto Constitucional, para a exclusão; mas também não há espaço para a resignação submissa, para a passiva

aceitação da enorme massa de destituídos com que (mal) convivemos”.³⁸⁷ Argumenta, ainda, Maria Celina Bodin de Moraes que, “de acordo com o que estabelece o texto da Lei Maior, a configuração de nosso Estado Democrático de Direito tem por fundamentos a dignidade humana, a igualdade substancial e a solidariedade social, e determina, como sua meta prioritária, a correção das desigualdades sociais e regionais, com o propósito de reduzir os desequilíbrios entre as regiões do País, buscando melhorar a qualidade de vida de todos os que aqui vivem”.³⁸⁸

Em consonância com essa compreensão, enfatiza Jacques Távora Alfonsin que “sem uma consciência generalizada da alteridade (...) não há como garantir-lhes (aos Direitos Fundamentais) eficácia, passe o truísmo, pois, essa não é somente vertical – válida somente contra o Estado – mas é também horizontal – válida ainda quando lhe opuserem circunstâncias episódicas próprias das crises que está sujeito o chamado livre mercado”³⁸⁹.

De acordo com essa ordem de idéias, o discurso jurídico tradicional deve libertar-se das amarras da singularidade e lançar mão do “nós”,³⁹⁰ pronome plural e coletivo que consubstancia a construção de um espaço de inclusão do outro, sempre com vistas à efetivação e solidificação da dignidade da pessoa humana.

1.3. A Dignidade da Pessoa Humana como Tarefa (função) e Limite dos Poderes Públicos no Estado Constitucional.

Consignou-se durante toda a exposição deste capítulo que o princípio da dignidade da pessoa humana impõe (em um primeiro momento) limites à

³⁸⁷ BODIN DE MORAES. Maria Celina. *Id.* p. 138.

³⁸⁸ BODIN DE MORAES. Maria Celina. *Id. Ibid.*

³⁸⁹ ALFONSIN, Jacques Távora. **Dos Nós de uma Lei e de um Mercado que Prendem e Excluem aos Nós de uma Justiça que Liberta.** In: DORA, Denise Dourado. **Direito e Mudança Social.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 345.

³⁹⁰ ALFONSIN, Jacques Távora. *Id. Ibid.*

atividade estatal, uma vez que impede a violação, por qualquer dos poderes veiculados pelo Estado, da dignidade pessoal de qualquer particular. Em um segundo estágio, o princípio-fundamento da dignidade da pessoa humana também vincula os poderes públicos a sua efetivação, não apenas de modo programático, mas também concreto. A doutrina é unânime na acolhida dessa perspectiva, porquanto é derivada da própria natureza intrínseca da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental e que promove a integração normativa do ordenamento jurídico. Consoante com esse entendimento, pode-se transcrever:

(...) a dignidade humana, então, não é criação da ordem Constitucional, embora seja por ela respeitada e protegida. A Constituição consagrou o princípio e, considerando a sua eminência, proclamou-o entre os princípios fundamentais, atribuindo-lhe o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática. Com efeito, da mesma forma que Kant estabeleceu para a ordem moral, é na dignidade humana que a ordem jurídica (democrática) se apóia e se constitui-se.³⁹¹

Daí deriva, portanto, o fato de que a dignidade da pessoa vincula o Estado a ter como meta permanente, “a proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos”.³⁹²

Essa seria uma dimensão positiva da atuação do Estado, em uma perspectiva que também é dotada, como anteriormente asseverado, de plena eficácia como a outra que se apresenta, que se trata de ação impeditiva, pelo Estado, que o Poder Público e os particulares venham a violar a dignidade pessoal.

Essas duas dimensões: negativa (de proteção) e positiva (de concretização e implementação) da atuação estatal se fundamentam no fato de, como argumenta Jorge Miranda, a dignidade da pessoa humana constituir-se na “Concepção que faz da pessoa fundamento e fim do Estado”.³⁹³

Nesse passo, é possível se sustentar que o Estado Constitucional está

³⁹¹ ALFONSIN, Jacques Távora. *Id.* p. 115.

³⁹² SARLET. Ingo Wolfgang. **Dignidade...**, p. 108.

³⁹³ MIRANDA, Jorge. Apud: SARLET. Ingo Wolfgang. **Dignidade...**, p.79.

incumbido de proteger esses direitos, não apenas abstendo-se de ofendê-los, mas também se obrigando a criar as condições favoráveis ao respeito à pessoa por parte de todos.

Expostos, pois, os fundamentos que erigiram a dignidade da pessoa humana a princípio fundamental da República Federativa Brasileira; as diversas manifestações nos valores, direitos e garantias fundamentais que dela decorrem: a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade; e a cogente proteção e concretização do princípio em questão pelo Estado, impende-se o exame, com consequência do acima afirmado, dos Direitos Fundamentais decorrentes da própria noção acima apresentada.

CAPÍTULO II

A SUPREMACIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO CONSTITUCIONAL.

*O Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais, com a rede de implicações derivadas das complexidades sociais de nosso tempo, é uma praça de guerra onde porfiam interesses, valores, pretensões, reivindicações, em contextura de luta que fez da estabilidade do sistema a luta dos governos. Mas nem por isso a conquista daqueles direitos, em progressão alentadora, há cessado, em meio à refrega e o dinamismo da sociedade.*³⁹⁴

O presente capítulo, inserido no segundo título do presente estudo, investiga alguns aspectos do atual estágio da Teoria dos Direitos Fundamentais, a qual eleva os referidos direitos à posição de supremacia no ordenamento jurídico, uma vez que esses direitos, derivados do ideário da dignidade da pessoa humana – que recebeu exame apartado no capítulo anterior – acabam por representar.

Os Direitos Fundamentais, nesse passo, substituem os interesses públicos que se apresentavam como o escopo fundamental do Estado de Direito. São os Direitos Fundamentais, principalmente em seu âmbito objetivo³⁹⁵, que se apresentam como os fins a que o Estado deve se dirigir para proteger e efetivar.

Atualmente, não há como se negar que os Direitos Fundamentais se apresentam em todos os âmbitos da vida humana. Desde a garantia do exercício dos direitos políticos, assegurando um tratamento isonômico pelo Estado, passando pela satisfação mínima das necessidades existenciais e protegendo as liberdades de pensamento, de expressão, de ir e vir, de crença, dentre outras, todas essas situações relacionam-se intrinsecamente a um ou mais direito fundamental.

Esse quadro, entretanto, coloca-se apenas no âmbito e ao tempo da vigência do Estado Constitucional, em que os Direitos Fundamentais se encontram, em sentido amplo, presentes na Carta Constitucional e em posição

³⁹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do Absolutismo ao Constitucionalismo**. In: **Revista da Acadêmica Brasileira de Direito Constitucional**. nº 5, 2004. p. 576.

³⁹⁵ A dimensão objetiva dos Direitos Fundamentais relacionam-se com a possibilidade de visualização de que os “Direitos Fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe a prosseguir”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 144.

hierarquicamente superior, o que lhes confere eficácia e aplicabilidade plena. Porém, nem sempre foi assim. Ao tempo do Estado de Direito *liberal*, ainda que presentes Direitos Fundamentais nas Constituições, eles formam apenas enunciados programáticos, não constituindo senão diretrizes ao legislador ordinário. O que possuía eficácia era a lei que poderia, inclusive, violar Direitos Fundamentais³⁹⁶.

A travessia do Estado de Direito para o Estado Constitucional encontra, por conseguinte, neste capítulo, mais um componente essencial, correspondente à supremacia dos Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico. A esse respeito, argumenta Antonio Perez Luño que “los derechos han dejado de ser meros límites al ejercicio del poder político, o sea, garantiás negativas de los intereses individuales, para devenir un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos”.³⁹⁷

A referida supremacia, no entanto, não foi obtida facilmente. Ao contrário, foi objeto de muitos e continuados debates teóricos, que ainda permanecem, haja vista a necessidade ainda de aprofundamento do núcleo desses direitos, assim como da garantia da sua plena eficácia.

É por isso que se verifica a ampla transformação das pautas de debates em torno dos Direitos Fundamentais³⁹⁸. Após a inserção, em um primeiro momento, desses direitos nas cartas constitucionais de quase todas as nações ocidentais, passou a teoria a dissociar os Direitos Fundamentais em gerações ou, mais apropriadamente, em dimensões.³⁹⁹ Seqüencialmente, a discussão passou à

³⁹⁶ BOROWSKI, Martin. **La Estructura de los Derechos Fundamentales**. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 62.

³⁹⁷ PERES LUÑO, Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 6º ed., Madrid: Editorial Tecnos, 1995. p. 21.

³⁹⁸ Embora a afirmação dos direitos humanos seja um valor construído ao longo da história, tomando relevo e se consagrando, principalmente na segunda metade do século XX, foi somente após o término das grandes guerras que se passou a demandar o efetivo cumprimento dos princípios que veiculam os direitos humanos. Nesse sentido, COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos...**, p. 51.

³⁹⁹ No direito pátrio, foi Paulo Bonavides que, pioneiramente, apontou que o uso da expressão geração pode ensejar a falsa impressão da gradativa substituição de um geração por

efetividade⁴⁰⁰ dos direitos sociais, aqueles rotulados de segunda dimensão. Mesmo não havendo a formação de um consenso social sobre a forma e os meios de concretização dos direitos derivados das prestações positivas do Estado, a controvérsia, na contemporaneidade, volta-se à fundamentação desses direitos.⁴⁰¹

Desde a visão liberal consagradora das liberdades públicas e dos direitos de primeira dimensão, passando pelas conquistas do *Welfare State* - nunca concluídas nos países de desenvolvimento tardio, como o Brasil - até a consagração da normatividade de direitos tidos como de 5ª dimensão, como o direito fundamental ao desenvolvimento, consagrou-se o Estado como o promotor desses Direitos Fundamentais e consolidou-se a sua função redistributiva da riqueza na sociedade, por meio da realização de *políticas públicas* e pela prestação dos serviços públicos.⁴⁰²

O reconhecimento do papel de promoção dos Direitos Fundamentais sociais e da redistribuição da riqueza, entretanto, rivaliza, atualmente, com uma multiplicidade de tendências políticas e jurídicas que, sob o argumento consistente da proteção dos Direitos Fundamentais⁴⁰³, acabam por promover a

outra, por isso o uso da expressão dimensão é mais apropriado. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito...** São Paulo: Malheiros, 1997. p. 525.

⁴⁰⁰ Nessa linha, é a posição de Norberto Bobbio, que, na década de 1960 defendia que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, não é tanto de justificá-los, mas o de protegê-los. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 11ª ed., Carlos Nelson Coutinho (trad.) São Paulo: Campus, 1993. p. 23.

⁴⁰¹ Sobre a demanda, no contexto atual, de uma maior fundamentação filosófica dos Direitos Fundamentais, ver, por todos, SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma Reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático**. In: BARROSO, Luis Roberto (org.) **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 285-326.

⁴⁰² Cabe aqui, por todos, a clássica definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem “serviço público é toda atividade 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 regime do Direito Público”. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004. p. 620.

⁴⁰³ Nesse caso, tão-só os Direitos Fundamentais de primeira dimensão, como a liberdade, a igualdade formal, a segurança, a propriedade e a inviolabilidade do direito à vida. Trata-se do axioma liberal segundo o qual as duas únicas coisas úteis que se espera e se deseja do “poder

esterilização dos argumentos defensores das *políticas públicas* universais prestadoras de serviços de interesse coletivo, exatamente porque estas colidem com os Direitos Fundamentais de primeira dimensão.

Ao lado disso, há a necessidade de se reconhecer que, ao menos no âmbito da comunidade jurídica brasileira, são incomuns as tentativas de conjugação entre as teorizações destinadas à concretização dos Direitos Fundamentais sociais, vale dizer os direitos prestacionais, que se dão na esfera do Direito Constitucional, com as ilações levadas a efeito no âmbito do Direito Administrativo, a propósito da implementação das *políticas públicas*. Não há como se inferir as conseqüências práticas dessa clivagem, herdeira de um pensamento que buscava a atomização, em compartimentos estanques, de cada uma das disciplinas jurídicas em detrimento da integração, necessária e evidente quando a discussão encerra temas voltados ao caráter, às tarefas e os fins do Estado e os instrumentos necessários para o seu efetivo alcance.

O presente capítulo, por conseguinte, sem tentar se enquadrar e se restringir em ramos jurídicos específicos, procura examinar o atual estágio de desenvolvimento teórico dos Direitos Fundamentais, que, em última análise, são os fins a que se devem voltar todas as *políticas públicas* contemporâneas. A aproximação do estudo das *políticas públicas* com a atual teoria dos Direitos Fundamentais pode propiciar uma ampliação da eficácia das *políticas públicas* como instrumento de promoção dos Direitos Fundamentais.⁴⁰⁴

público” são que ele observe os “direitos humanos”, isto é, que permita que cada um siga seu próprio caminho, e que permita que todos o façam “em paz” – protegendo a segurança de seus corpos e posses, trancando criminosos reais ou potenciais nas prisões e mantendo as ruas livres de assaltantes, pervertidos, pedintes e todo tipo de estranhos constrangedores e maus, deixando de lado todas as prestações que envolvem direitos sociais. In: BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. São Paulo: Jorge Zahar Editor, 2003. p. 57 e seguintes.

⁴⁰⁴Nesse sentido, pretende o texto vincular-se a uma dogmática Constitucional emancipatória. Explana Clèmerson Merlin Clève que é possível se identificar, no âmbito do direito brasileiro contemporâneo, duas correntes doutrinárias, perfeitamente delineadas: a primeira que pode ser chamada de dogmática da razão do Estado e outra que pode ser denominada de dogmática Constitucional emancipatória. A dogmática da razão do Estado, segundo o autor, estuda o direito Constitucional como qualquer outro domínio do direito, prendendo-se, muitas vezes, a conceitos teóricos anteriores à Constituição Federal de 1988 e a uma espécie de interpretação retrospectiva da ordem Constitucional que é indiferente e insensível aos institutos que vieram para

2.1. A *Fundamentabilidade* dos Direitos Fundamentais.

A fundamentabilidade dos direitos tidos como fundamentais é dividida, pela doutrina, em dois aspectos. Um relativo à feição formal destes direitos e outro pertinente à índole material destes direitos.

Nesse horizonte, a fundamentabilidade formal dos Direitos Fundamentais é decorrente do próprio fenômeno da Constitucionalização dos direitos, que, em relação aos Direitos Fundamentais, apresenta os seguintes aspectos: i) as normas que veiculam Direitos Fundamentais têm posição hierárquica superior em relação às demais normas do ordenamento jurídico; ii) elas são submetidas aos limites formais e materiais de emenda Constitucional e de revisão (artigo 60 da Constituição Federal de 1988); iii) em razão do disposto no artigo 5º, parágrafo primeiro, eles têm aplicabilidade imediata e vinculam todos os poderes políticos.

Por sua vez, a fundamentabilidade material relaciona-se à correspondência entre os Direitos Fundamentais e o núcleo de valores que informam a Constituição, especialmente os princípios elencados no artigo primeiro da Constituição Federal. Os Direitos Fundamentais representam, ainda, sob a perspectiva material, as decisões axiológicas fundamentais adotadas pelo poder Constituinte sobre a estrutura do Estado e da Sociedade.

Para que um determinado direito seja considerado fundamental não é suficiente a fundamentabilidade formal, até porque o Constituinte inseriu, no

transformar a nova ordem Constitucional. Referida vertente encontra-se, em geral, ainda que inconscientemente, ligada à manutenção do status quo, daí a razão pela qual foca sua visão teórica na idéia de Estado, procurando desenvolver esforços para legitimar a atuação do Poder Político, qualquer que seja ele. De outro lado, desenvolveu-se uma renovada doutrina conhecida como dogmática Constitucional emancipatória, tendo por objeto estudar o texto Constitucional à luz da idéia da dignidade da pessoa humana, de modo a conformar uma estrutura discursiva que procura demonstrar a radicalidade do Constituinte de 1988, tendo em vista que o tecido Constitucional passou a ser costurado a partir de uma hermenêutica prospectiva que não procura apenas conhecer o direito como ele é operado, mas que, conhecendo suas entranhas e processos concretizadores, ao mesmo tempo fomenta uma mudança teórica capaz de contribuir para a mudança da triste condição que acomete a formação social brasileira. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais**. In: Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho. nº 22. jul/dez 2003. p. 18.

parágrafo segundo do artigo 5º da Constituição Federal, a possibilidade dos direitos decorrentes de tratados constitucionais serem tomados como fundamentais. Por conseguinte, são considerados Direitos Fundamentais aqueles que forem dotados de uma fundamentabilidade material, relacionada à dignidade da pessoa humana.

Nesse passo, o conceito material de Direitos Fundamentais propicia a identificação não apenas dos direitos não presentes no catálogo da Constituição, mas também para conferir a fundamentabilidade aos direitos não presentes somente no Título II da Constituição mas também, por exemplo, o direito ao ensino fundamental⁴⁰⁵ (artigo 208, inciso I, parágrafo 1º, da Constituição Federal), o direito à assistência social⁴⁰⁶ (artigo 201, inciso V, parágrafo 2º, da CF/88) e o direito à saúde⁴⁰⁷ (art. 196, da CF).

O conceito formal de Direito Fundamental, como a própria nomenclatura explícita, utiliza-se de um critério formal para definir os Direitos Fundamentais. Significa que um direito se torna fundamental pelo seu pertencimento ao catálogo de Direitos Fundamentais incluídos na Constituição. Esse conceito, porém, não é satisfatório, haja vista que existem Direitos Fundamentais que não estão incluídos dentre o rol de Direitos Fundamentais da Constituição. Esse problema pode ser resolvido com a cláusula de abertura Constitucional a outros Direitos Fundamentais, como o parágrafo 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal⁴⁰⁸.

2.2. Perspectivas Contemporâneas dos (e para os) Direitos Fundamentais

⁴⁰⁵ Artigo 208, inciso I, parágrafo 1º: “O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”.

⁴⁰⁶ Artigo 201, inciso V, parágrafo 2º: “Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo”.

⁴⁰⁷ Artigo 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

⁴⁰⁸ Artigo 5º, §2, da CF/88: “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”.

Prestacionais.

Como antes afirmado, a polêmica sobre a eficácia e a efetividade dos direitos prestacionais se insere na permanente controvérsia sobre o caráter e as tarefas do Estado, do Direito e da Constituição, inclusive dos Direitos Fundamentais. Decorre, além disso, do estágio evolutivo da sociedade, pois os direitos prestacionais envolvem questões inerentes à redistribuição de riquezas na sociedade, o que, por si, evidencia o seu potencial de disputa política.⁴⁰⁹

É sintomático, portanto, que a hermenêutica tradicional sustente que os Direitos Fundamentais sociais, ou prestacionais, são normas programáticas, não dotadas de eficácia, pois dependentes de regulamentação do legislador.

E isso porque, um direito prestacional, em um sentido amplo, é todo direito fundamental a um ato positivo, vale dizer, um direito a uma ação do Estado, de maneira que este direito representa a exata contrapartida conceitual de um direito de defesa que exige uma ação negativa do Estado, quer dizer, uma omissão. Nessa linha, o elenco dos direitos a ações positivas do Estado, que podem ser objeto de um direito a prestações se estende desde a proteção do cidadão frente a outros cidadãos por meio da expedição de normas de direito penal, passando pela edição de normas de organização e procedimento até as prestações em dinheiro e bens.⁴¹⁰

Essa última categoria, dos direitos a prestações em sentido estrito, que envolvem os direitos prestacionais sociais é que será objeto do presente estudo.

Os direitos prestacionais são direitos do indivíduo frente ao Estado que, conforme salienta Robert Alexy, caso o indivíduo possuísse meios financeiros suficientes ou se encontrasse no mercado uma oferta suficiente, poderia obtê-los dos particulares.⁴¹¹

⁴⁰⁹ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 426.

⁴¹⁰ ALEXY, Robert. *Id.* p. 428.

⁴¹¹ ALEXY, Robert. *Id.* p. 482.

Quando se explana sobre direitos sociais prestacionais, está-se, por exemplo, a falar dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados, consoante se depreende do artigo 6º da Constituição Federal de 1988.

As normas constitucionais que veiculam Direitos Fundamentais sociais se apresentam, sob múltiplas formas estruturais. Para que se possa compreender o grau de eficácia destas normas, faz-se importante o exame acurado da estrutura de cada uma delas.

Há três critérios, levados a efeito por Robert Alexy, que elucidam a questão⁴¹². O primeiro critério divide as normas de Direitos Fundamentais sociais entre as que conferem direitos subjetivos e aquelas que obrigam o Estado apenas objetivamente. O segundo, decompõe as normas entre vinculantes e não-vinculantes, as quais, nesse sentido seriam apenas enunciados programáticos. As vinculantes, no entanto, seriam assim chamadas quando a sua lesão pudesse ser apreciada pela Corte Constitucional, obrigando a sua prestação. Por fim, estabelece o terceiro critério que estas espécies normativas podem fundamentar direitos e deveres definitivos ou *prima facie*, vale dizer, podem ser tanto princípios como regras. Estes três critérios podem ser combinados entre si, produzindo uma variedade de normas *jusfundamentais*, com uma estrutura diferenciada, como se visualiza no quadro seguinte, transcrito da obra do professor da Universidade de Kiel⁴¹³:

Vinculante ⁴¹⁴		Não vinculante	
Subjetivo ⁴¹⁵	Objetivo	Subjetivo	Objetivo

⁴¹² ALEXY, Robert. *Id. Ibid.*

⁴¹³ ALEXY, Robert. *Id.* p. 484.

⁴¹⁴ Segundo Robert Alexy, as normas alocadas no quadro vinculante, vinculam o poder Público à sua execução, já as normas presentes no quadro não vinculante representam apenas enunciados normativos, programáticos.

Definitivo	<i>Prima</i>	Definitivo	<i>Prima</i>	Definitivo	<i>Prima</i>	definitivo	<i>Prima</i>
s	<i>facie</i>	s	<i>facie</i>	s	<i>facie</i>	s	<i>facie</i>
1	2	3	4	5	6	7	8

Depreende-se do quadro acima⁴¹⁶ que as normas vinculantes, garantidoras de direitos subjetivos definitivos (1) apresentam a proteção mais forte, ao passo que as normas não vinculantes que fundamentam um mero dever objetivo *prima facie* do Estado a outorgar prestações (8) apresentam a concretização mais precária do direito. É inquestionável que o direito ao mínimo existencial, que adiante será objeto de exame específico, possui normas que estruturalmente se apresentam como um direito definitivo vinculante (1). Esse direito, conforme argumenta Ricardo Lobo Torres, adquire o status de direito fundamental no que concerne à parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive⁴¹⁷ e é formado pelas condições materiais básicas necessárias para a existência, correspondente a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer eficácia jurídica.⁴¹⁸

Essa variedade de eficácias jurídicas esboçadas por meio do quadro indica que o problema dos Direitos Fundamentais sociais não pode ser tratado como questão de tudo ou nada, ou seja, de realização completa ou absoluta inexistência da prestação do direito. Por conseguinte, parece ser inevitável a introdução de diferenciações entre eles.⁴¹⁹

⁴¹⁵ As normas alocadas no quadro subjetivo, conferem direitos subjetivos aos cidadãos em face do Estado. Já as objetivas não.

⁴¹⁶ Metodologicamente, é preciso mencionar que a transcrição do quadro, levado a efeito por Robert Alexy em sua obra pode se mostrar adequada, na medida em que ele propicia uma melhor visualização da vinculação do Estado à prestação dos direitos sociais, consoante as teorizações deduzidas pelo autor germânico.

⁴¹⁷ TORRES, Ricardo Lobo. **Os Direitos Humanos e a Tributação – imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 133.

⁴¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 248.

⁴¹⁹ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 482.

Na doutrina, os que defendem uma interpretação progressiva dos Direitos Fundamentais sociais argumentam que os direitos que englobam o mínimo existencial apresentam a qualidade de direitos subjetivos dos que deles necessitam perante o poder público, obrigando-o a prestar determinados serviços de bem-estar social, que devem ser prestados de modo progressivo. Nesse contexto, os direitos sociais programáticos representam mandados de otimização que devem ser densificados e o seu descumprimento só pode ser realizado temporariamente em virtude de uma impossibilidade material evidente e comprovável.⁴²⁰

Argumenta Andréas Krell que é “obrigação de um Estado Social controlar os riscos resultantes do problema da pobreza que não podem ser atribuídos aos próprios indivíduos, e restituir um status mínimo de satisfação das necessidades pessoais. Assim, numa sociedade onde existe a possibilidade fática da cura de uma doença, o seu impedimento significa uma violência contra a pessoa doente que é diretamente prejudicada na sua vida e integridade”.⁴²¹

A teoria do mínimo existencial tem a função de atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público em casos de diminuição da prestação dos serviços sociais básicos que garantem a sua existência digna, embora até hoje tenha sido pouco discutida na doutrina Constitucional brasileira e ainda não tenha sido adotada com pela jurisprudência pátria.

Nessa linha, assevera Carmem Lúcia Antunes Rocha que não há verdade Constitucional e que não há suporte institucional para *políticas públicas* que não sejam destinadas ao pleno cumprimento daquele valor maior transformado em princípio Constitucional: a dignidade da pessoa humana.⁴²²

⁴²⁰ KRELL, Andreas J. 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: Editora Livraria do Advogado, 2000. p. 42.

⁴²¹ KRELL, Andreas J. *Id. Ibid.*

⁴²² ROCHA, Carmem Lucia Antunes. *Op. cit.*, p. 38.

2.3. Os Direitos Sociais como *condição* para a participação democrática e para o exercício dos demais Direitos Fundamentais.

Além da possibilidade de atribuição de direitos subjetivos a todos os cidadãos, os direitos que contemplam o mínimo existencial se apresentam, na difundida classificação dos direitos materialmente fundamentais⁴²³ elaborada por Jürgen Habermas, como direitos que atuam como pressupostos para o exercício de outros Direitos Fundamentais. Em última análise, eles representam *condições* para o próprio exercício dos demais direitos, também materialmente fundamentais.

Por decorrência, esses direitos funcionariam, segundo Jürgen Habermas, como limites à deliberação coletiva. Entretanto, eles não têm o seu fundamento último em fórmulas metafísicas, ou pré-políticas⁴²⁴, ao contrário, se apresentam como fundamento para o exercício da própria política democrática.

É nesse sentido, que se poderia afirmar que o *interesse público* – horizonte orientativo e vinculante do administrador público na prestação dos serviços públicos - nas sociedades periféricas, estaria voltado antes à realização das condições que possibilitem aos cidadãos se tornarem aptos a, de maneira igual e com plena capacidade, influenciar no processo democrático deliberativo acerca dos caminhos a que a sociedade pretende desenhar para si e se conduzir.

⁴²³ Para Habermas os direitos materialmente fundamentais são os seguintes: (1) “Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação”. (2) “Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de membro numa associação voluntária de parceiros de direito”. (3) “Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual”. (4) “Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo”. (5) “Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4)”. Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 159.

⁴²⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional...**, p. 100.

Nas sociedades contemporâneas - imersas em um contexto de pluralismo, caracterizado por uma grande amplitude de percepções acerca do bem e por um marcante desacordo moral, que acaba por excluir justificações metafísicas da ordem jurídica e do poder - a legitimação das ações do aparato estatal somente é possível por meio do seu condicionamento à vontade dos que a elas estão submetidos, haja vista que não é mais possível se encontrar um fundamento último de validade universal, para princípios de justiça, tampouco, recorrer a valores comunitários que são controversos em nosso contexto social.⁴²⁵

Trata-se, pois, de afirmar uma compreensão da democracia que não se cinge à prerrogativa popular de eleger os seus representantes, mas que envolve, para além dessa escolha, a possibilidade de deliberação pública sobre as questões a serem decididas. Nessa perspectiva, a possibilidade de deliberação, através da disputa entre argumentos e contra-argumentos postos à prova publicamente permite a legitimação e a racionalização da *res-publica*. É assim pois que se afirma que caso determinada proposta política logre superar a crítica formulada pelos demais deliberantes, ela pode ser considerada, “pelo menos *prima facie*, legítima e racional”.⁴²⁶

Para que, entretanto, a deliberação coletiva possa promover um resultado legítimo e racional das questões públicas de maior relevância, ela deve ocorrer em um ambiente aberto, livre e igualitário, ou seja, em que todos tenham, efetivamente, iguais possibilidades e capacidades para influenciar e persuadir.

A plenitude de igualdade e capacidade entre todos os atores participantes do processo deliberativo exige a implementação de uma multiplicidade de condições materiais pelo Estado, que, em última análise, acaba por representar a arena onde se dá a deliberação sobre os assuntos sociais mais relevantes.

⁴²⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Id.* p. 03.

⁴²⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Id.* p. 07.

Essas condições materiais, por sua vez, dependem de uma atuação estatal que envolve escolhas, haja vista a multiplicidade de demandas sociais existentes e a escassez de recursos presentes na sociedade e no âmbito do Estado para a sua realização.

Há, portanto, um grande dilema. Impõe-se, de um lado, em razão do pluralismo social contemporâneo, a realização de uma deliberação coletiva sobre as questões sociais mais importantes, que não podem, nesse contexto, se subsumir às fórmulas metafísicas até então empregadas para justificar a ação estatal. De outro lado, nas sociedades periféricas, como o Brasil, não é possível, ainda, assegurar-se a todos os cidadãos a plenitude de igualdade e de capacidade para que todos possam participar livremente e influenciar o processo deliberativo sobre os assuntos de relevante *interesse público*.

Nas sociedades, no entanto, em que não se dispõe das condições necessárias para a plena realização de um processo deliberativo adequado, torna-se possível garantir que os interesses públicos que o Estado deve perseguir se voltem, antes, à implementação das condições que possam tornar os cidadãos aptos a participar e influir no processo de deliberação acerca das ações normativas, materiais e administrativas, do Estado.⁴²⁷ Tratam-se essas condições, ao menos, dos Direitos Fundamentais sociais⁴²⁸ sumariados na Constituição

⁴²⁷ É sob esse contexto que Carlos Santiago Nino afirma que: “o método democrático requer a satisfação de certas pré-condições para ter um valor epistêmico, tais como a liberdade de expressão e a igual liberdade para exercer a participação política. Estas pré-condições constituem direitos que chamamos a priori dado que afetam negativamente o método transcendental de Kant e porque constituem pressupostos de um conhecimento moral a posteriori. Se requer-se o reconhecimento destes direitos para que a democracia tenha um valor epistêmico e deve se ampliar enormemente aquilo que é considerado uma pré-condição. Com efeito, todos os assim chamados ‘direitos sociais’ (que são defendidos como extensão natural dos direitos individuais) deveriam ser vistos como direitos a priori, dado que sua não satisfação causaria danos ao funcionamento apropriado do processo democrático e sua qualidade epistêmica”. Cf. NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de La Democracia Deliberativa**. Barcelona, Gedisa, 1997. p. 301.

⁴²⁸ Nessa linha, de garantir a eficácia aos Direitos Fundamentais sociais, Clèmerson Merlin Clève assevera: “Os direitos sociais não tem 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

Federal de 1988, que, em última análise, derivam do ideário da dignidade da pessoa humana, consoante expandido nos capítulos precedentes.

Para que os cidadãos possam influir nos procedimentos de deliberação coletiva, como acima sustentado, devem ser preenchidas as mínimas condições que se circunscrevem na possibilidade do exercício da sua dignidade. Com vistas a aclarar de que modo o Estado Constitucional se volta a promover com efetividade as condições do exercício da dignidade humana, dá-se início, agora, ao terceiro título da dissertação.

TÍTULO TRÊS

AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL.

As condições materiais já estão dadas para que se imponha a desejada grande mutação, mas o seu destino vai depender de como serão aproveitadas pela política⁴²⁹.

A apresentação da temática que compõe o objeto essencial do terceiro título da presente dissertação, voltado ao exame da forma de atuação do Estado denominada como *políticas públicas*⁴³⁰, pressupõe, na contemporaneidade, em

quando o cidadão por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos, vê combalida sua vontade, vê destruída sua autonomia, resultando num ente perdido no cipoal de contingências, que fica à mercê, das forças terríveis do destino”. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Eficácia...**, p. 23.

⁴²⁹ SANTOS, Milton. **O Recomeço da História**. São Paulo: Folha de São Paulo, 09 de janeiro de 2000.

⁴³⁰ Não há um conceito único de políticas públicas. Em um sentido geral, elas podem ser tomadas como programas de intervenção estatal realizadas a partir da sistematização de “ações do Estado voltadas para a consecução de determinados fins setoriais ou gerais, baseadas na articulação entre a sociedade, o próprio Estado e o mercado”. In: DIAS, Jean Carlos. **Políticas públicas e questão ambiental**. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Saraiva: Revista dos

razão do seu baldrame Constitucional, prévio exame sobre o desenvolvimento teórico do Constitucionalismo ⁴³¹ até a atualidade, como a seguir será realizado.

Como visto nos capítulos antecedentes, é saliente nas Constituições contemporâneas a inserção de um amplo catálogo de Direitos Fundamentais⁴³². De maneira especial nas Cartas promulgadas após a segunda metade do Século XX, verifica-se a presença de um vasto rol de direitos, positivados sob um regime jurídico de tutela autônomo e acompanhado de cláusulas próprias que regulam a sua atuação⁴³³. Ademais, destaca-se nas Constituições da atualidade, a inserção explícita de elementos normativos associados a opções políticas gerais, como a busca ao desenvolvimento e a erradicação da pobreza e, particulares, como a prestação de serviços públicos de saúde, por exemplo, que são concretizadas, em maior ou menor medida, por meio de *políticas públicas* gerais e/ou setoriais⁴³⁴.

A introdução expressa dessas normas de índole axiológica se situa justamente no momento em que os países europeus, recém-saídos da

experiência da banalização dos direitos humanos, perpetrada pelos regimes

Tribunais, ano 8, n. 31. p. 117-135, jul/set. 2003. p. 121.

⁴³¹ Constitucionalismo Contemporâneo ou NeoConstitucionalismo. Sobre o tema, por todas, a anteriormente citada obra organizada por CARBONELL, Miguel. **NeoConstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

⁴³² Além dos Direitos Fundamentais políticos e individuais e dos direitos sociais inseridos no Título II da Constituição Federal de 1988, há no parágrafo 2, do artigo 5, cláusulas de abertura a outros Direitos Fundamentais, nos seguintes termos: “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”.

⁴³³ Na Constituição Federal de 1988, há a previsão de um regime especial, no artigo 60, parágrafo 4, inciso IV, correspondente à impossibilidade de restrição dos direitos e garantias individuais.

⁴³⁴ Sobre o tema em alusão, afirma Gilberto Bercovici que “o papel político do Estado é central no processo de formação de políticas públicas, contrariando a visão corrente da análise econômica que considera o Estado apenas uma categoria residual. Afinal, um equívoco comum na análise das políticas públicas é a incorporação do erro cometido pelos economistas, que atribuem o fracasso das políticas públicas, como as políticas econômicas, aos equívocos de teoria econômica em sua elaboração. Falta a inclusão de outra causalidade: a político-institucional e jurídica. Os resultados das políticas públicas não dependem apenas de sua coerência econômica, mas também de sua validade política e das opções institucionais. Isto ainda é mais facilmente perceptível no caso das políticas de desenvolvimento de longo prazo cujo objetivo seja a melhoria das condições sociais da população. E a análise do caso brasileiro revela que o processo de desenvolvimento funda-se em decisões políticas.” In: BERCOVICI, Gilberto. **Políticas públicas e o Dirigismo Constitucional**. In: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional** (Anais do IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional). v. 3. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003. p. 173-174.

autoritários, sobretudo fascistas e nazistas, intentam reconstruir seus sistemas jurídico-sociais.

A adoção de um texto Constitucional permeado por normas jurídicas de cunho ético e programático⁴³⁵, por conseguinte, foi o meio encontrado para a realização de um ajuste de contas com o passado e a reconstrução das sociedades fundadas no respeito e na garantia do direito de todos.

Claramente influenciada pelos modelos europeus, a Constituição Federal de 1988, também buscou a superação de um regime político autoritário, assim como almejou o estabelecimento de uma sociedade alicerçada sob novas bases, tendo o respeito e a realização da dignidade da pessoa humana – em todos os seus sentidos, tal como antes demonstrado – sido elevado à posição de destaque⁴³⁶.

A promulgação da Constituição brasileira – ainda que levada a efeito em um momento de retorno à democracia e em que o modelo jurídico de fundo

⁴³⁵ Sob a nomenclatura de “normas-fim”, “normas-tarefa”, ou ainda “normas-programa” Canotilho aponta um direcionamento à concretização de direitos assegurados pela Constituição, reconhecendo-se seu valor, como qualquer dos preceitos constitucionais. “Mais do que isso: a eventual mediação concretizadora, pela instância legiferante, das normas programáticas, não significa que este tipo de norma careça de positividade autónoma, isto é, que a sua normatividade seja apenas gerada pela interpositio de legislador; é a positividade das normas-fim e das normas-tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legiferantes. (...) Mais completa ainda é a questão da aplicabilidade directa das normas programáticas. Como se viu, elas constituem direito actual jurídicamente vinculante (...) Além de constituírem princípios e regras de directrizes para o legislador e a administração, as normas programáticas vinculam também os tribunais, pois os juízes têm acesso à Constituição, com o consequente dever de aplicar as normas em referência (por mais geral e indeterminado que seja o seu conteúdo) e se suscitar o incidente de inConstitucionalidade nos feitos submetidos à julgamento dos actos normativos contrários às mesmas normas”. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito...**, p. 1102-1103 e p. 1105-1106.

⁴³⁶ “Uno de los rasgos sobresalientes del Constitucionalismo de la segunda posguerra es la elevación de la dignidad de la persona a la categoría de núcleo axiológico Constitucional, y por lo mismo, a valor jurídico supremo del conjunto ordinamental, y ello con carácter prácticamente generalizado y en ámbitos socio-culturales bien dispares, como muestran los ejemplos que más adelante ofrecemos. Elle tiene una explicación fácilmente comprensible. Los horrores de la Segunda Guerra Mundial impactarían de tal forma sobre el conjunto de la humanidad, que por doquier se iba a generalizar un sentimiento de rechazo, primeiro, y de radical rectificación después, que habia de conducir em una dirección que entendemos sintetiza com meridiana claridade el primer párrafo del Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948”. In: SECADO, Francisco Fernández. **La Dignidad de la Persona como Valor Supremo del Ordenamiento Jurídico Español y como Fuente de Todos los Derechos**. In: A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ano 03, n.11, jan/mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 11.

liberal, indiferente às pretensões populares, passa a ser substituído por um modelo de Estado inclusivo, o qual assume obrigações e/ou prestações⁴³⁷ em face dos cidadãos – não levou à imediata realização fática dos seus elementos normativos. Ao contrário, frente à realidade social absolutamente diversa, o texto Constitucional foi taxado de prolixo e ineficaz. Nessa linha, ainda, não faltaram movimentos teóricos que alegavam a insinceridade normativa do texto pátrio⁴³⁸.

Sem embargo disso, a doutrina nacional, principalmente do Direito Constitucional, passou a delinear, teoricamente, mecanismos jurídicos hábeis a dar eficácia aos comandos constitucionais, pelo que recebeu a denominação de dogmática Constitucional da efetividade, uma vez que se fundava na lição de Norberto Bobbio, para quem, relativamente aos direitos humanos, o momento atual não seria de justificá-los, mas sim de realizá-los⁴³⁹.

Entretanto, passadas quase duas décadas da promulgação do texto Constitucional, a efetivação dos Direitos Fundamentais – em especial dos Direitos Fundamentais sociais, seja por meio do próprio Poder Executivo⁴⁴⁰, do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário – ainda se apresenta como um grave problema social e teórico⁴⁴¹. Nessa perspectiva alguns questionamentos advieram, no

⁴³⁷ “O fundamento das políticas públicas está na necessidade de concretização dos direitos dos cidadãos através das prestações positivas do Estado, de tal forma que, a principal política pública será o desenvolvimento nacional o qual deverá ser harmonizado com as demais. Assim, do desenvolvimento econômico e social aliado à eliminação das desigualdades sociais far-se-á a síntese dos objetivos históricos nacionais”. In: BERCOVICI, Gilberto. **Políticas...**, p. 174.

⁴³⁸ Gustavo Amaral indica que a pretensão normativa da Constituição, que esbarra na realidade adversa, levou alguns autores a taxá-la de insincera. Cf. AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha. Em busca de critérios jurídicos pra lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 09.

⁴³⁹ Cf. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos...**, p. 23.

⁴⁴⁰ Com efeito, Ana Paula de Barcellos atribui ao Administrador Público o cabimento na implementação de ações e programas visando à prestação de serviços para atender os Direitos Fundamentais, a partir dos dispositivos constitucionais, sendo que tal conjunto de atividades é definido de políticas públicas. In: BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo...**, p. 90.

⁴⁴¹ Assevera Paulo Bonavides que o “problema da ‘juridicização’ dos direitos sociais tornou-se crucial para as Constituições do Estado social. Cumpre, pois, na busca de uma solução, observar toda essa seqüência: reconhecer a vinculação Constitucional do legislador a tais direitos, admitir que se trata de direitos de eficácia imediata, instituir o controle judicial de Constitucionalidade e, por fim, estabelecer mecanismos suficientes que funcionem como garantias efetivas de sua aplicabilidade. Nesses dois últimos aspectos assinalados, são também de extrema relevância o controle abstrato das normas, a criação de tribunais constitucionais e o uso de

sentido de que como seria dar eficácia às normas que definem a ordem Constitucional social. Além desse questionamento, outras perguntas também surgem:

Como definir e dar validade a direitos que não se realizam imediatamente, mas sim evoluem e são preenchidos por significados, que se modificam com os movimentos sociais e com a educação do povo para a compreensão e defesa de tais direitos, que não pertencem a um indivíduo, isoladamente, mas a um grupo, classe ou coletividade? Como dar eficácia a tais direitos, fugindo da definição de normas meramente programáticas? A ordem social Constitucional estabelece obrigações para o Estado, mas também para toda a coletividade. Orienta a Administração na implementação de *políticas públicas* necessárias ao efetivo exercício dos direitos sociais, fixando pontos que não podem ser descumpridos e tampouco modificados, sob pena de inconstitucionalidade ou ilegalidade, resguardando ao cidadão, oferecendo-lhe garantia quanto à omissão do Estado.⁴⁴²

Ainda que a doutrina Constitucional da efetividade, atualmente transmutada em uma teoria Constitucional chamada de pós-positivista ou neoconstitucionalista⁴⁴³ e a maior atuação do judiciário tenham possibilitado um respeito maior aos direitos individuais (ou de defesa), os direitos de segunda dimensão (ou sociais) dependentes das ações positivas do Estado ainda têm a sua eficácia social, ou efetividade, extremamente limitada.

E isso se deve, em parte, porque os direitos sociais⁴⁴⁴, voltados à realização das metas e objetivos designados pela Constituição, dependem de opções políticas que implicam o dispêndio de recursos, cada vez mais escassos, mas também em parte porque inexistente um maior aprofundamento teórico acerca das *políticas públicas*, que são os instrumentos de que dispõe o Estado, na forma da Administração Pública, para a realização dos Direitos Fundamentais⁴⁴⁵

instrumentos comparáveis à queixa Constitucional dos alemães (Verfassungsbeschwerde), que reforçam consideravelmente a proteção dos sobreditos direitos, tornando-os de todo 'justiciáveis', contrariando, assim, a crença de quantos os supunham mero programa de política social enxertado no corpo das Constituições. In: BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2004. p. 186.

⁴⁴² FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Op. cit.*, p. 36-37.

⁴⁴³ Cf. CARBONELL, Miguel. *Op. cit.*

⁴⁴⁴ Conforme Robert Alexy "los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que – si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase em el mercado una oferta suficiente – podría obtenerlo también de particulares. Cuando se habla de derechos sociales fundamentales se hace primariamente referencia a derechos a prestaciones en sentido estricto". In: ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 482.

⁴⁴⁵ A fim de vincular os Direitos Fundamentais com as políticas públicas Marília Lourido dos Santos assinala que "os modos de densificação e concretização das normas constitucionais, a fim

sumariados na Constituição⁴⁴⁶.

Desse modo, parece válido o raciocínio segundo o qual, assim como a doutrina Constitucional da efetividade é complementada pela doutrina neoconstitucionalista⁴⁴⁷, que busca dar uma maior fundamentação aos Direitos Fundamentais que devem ser efetivados, a disciplina jurídica das *políticas públicas* igualmente necessita da construção de uma dogmática jurídica adequada para a sua concretização, e por decorrência, dos próprios Direitos Fundamentais.⁴⁴⁸

Nesse contexto de busca pela construção de um tratamento jurídico adequado às *políticas públicas*, Fábio Konder Comparato se manifesta no sentido de que “o novo conceito de *princípio*, assim proposto, foi desde logo desenvolvido e aprofundado por Robert Alexy no campo específico dos direitos humanos.

de se assegurar a higidez dos fins e valores plasmados pelas mesmas é (...) que estão consagrados os Direitos Fundamentais, dentre os quais encontram-se os direitos sociais, cuja nota característica é justamente a demanda por prestações positivas do Estado, que por sua vez se efetiva por meio de políticas públicas. Logo, as políticas públicas constituem uma forma de concretização de normas constitucionais de significativa relevância”. In: SANTOS, Marília Lourido dos. **Interpretação Constitucional no Controle Judicial das Políticas Públicas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006 p. 87

⁴⁴⁶ Basta verificar a abissal diferença entre a vastíssima produção teórica existente sobre a captação de recursos pelo Estado, compendiada no âmbito do Direito Tributário e a reduzida, senão quase inexistente, produção teórica em torno do dispêndio dos recursos públicos, nomeadamente aqueles voltados para a realização dos Direitos Fundamentais sociais.

⁴⁴⁷ De acordo com Paulo Ricardo Schier, “aquilo que a doutrina tem designado como ‘neoconstitucionalismo’, em princípio, não substancia, organicamente, uma nova teoria Constitucional ou um movimento doutrinário. Antes disso parece tratar-se, o ‘neoconstitucionalismo’, em verdade, de um momento teórico em que os Constitucionalistas buscam a superação de modelos jurídicos positivistas e formalistas projetados ao discurso e dogmática constitucionais. Um momento em que se buscam soluções mais adequadas para as questões constitucionais diante das insuficientes respostas positivistas. In: SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos Desafios da Filtragem Constitucional no momento do neoConstitucionalismo**. In: A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 5, n. 20. abr./jun.2005. p. 149.

⁴⁴⁸ Nesse diapasão, no direito português “os Direitos Fundamentais de natureza econômica, social e cultural dispunham de vinculatividade normativo-Constitucional, impondo-se aos poderes públicos a realização destes direitos através de medidas políticas, legislativas e administrativas concretas e determinadas. Embora não se possa, em geral, derivar directamente das normas consagradoras destes direitos prestações sociais (excepcionalidade de direitos originários a prestações), tão pouco a produção dos instrumentos normativos-concretizadores é deixada à livre disponibilidade do legislador. A natureza norma-tarefa aponta para um verdadeiro dever do legislador de dar operacionalidade prática a estas imposições sob pena de inConstitucionalidade por omissão. Se o legislador não é inteiramente livre no cumprimento destas imposições, dispõe, contudo de liberdade de conformação quer quanto às soluções normativas concretas quer quanto ao modo organizatório e gradualidade de concretizações”. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito...**, p. 483.

Quanto à noção jurídica de *política pública*, no entanto, ela não teve igual desenvolvimento, e ainda carece de maior precisão técnica”.⁴⁴⁹

Desta feita, alude-se correntemente sobre *políticas públicas*. Mas o que são, enfim, *políticas públicas*?⁴⁵⁰ Qual é também o seu âmbito de manifestação?

A tentativa de explicitar o sentido contemporâneo dessa expressão compõe o escopo do primeiro capítulo deste terceiro título do trabalho, assim como os desdobramentos do alcance dado ao ideário das *políticas públicas*, haja vista que, conforme será evidenciado, na medida em que se passa a aplicar um conceito amplo às *políticas públicas*, como sendo o principal mecanismo de ação estatal com vistas à realização dos direitos sociais, econômicos e culturais, significa tomá-las como um veículo privilegiado de realização desses direitos, tendo em vista serem eles os fins do Estado Constitucional.⁴⁵¹

Em sentido oposto, porém, visualizando-se as *políticas públicas* como apenas mais uma das modalidades de ação do Estado em razão da dificuldade de sua caracterização por sua natureza jurídico-política⁴⁵², está-se a mitigar a importância de um instrumento de realização dos Direitos Fundamentais, o que não se pode prescindir em face da realidade atual, em que não é difícil se

⁴⁴⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **O Ministério Público...**, p. 246.

⁴⁵⁰ Essa pergunta é a realizada por Eduardo Appio, para quem “essa indagação deveria se constituir no pórtico de qualquer debate jurídico sobre o tema, na medida em que a atividade judicial de revisão do conteúdo das políticas públicas deve ser estudada, com o objetivo de se evitar o transporte, puro e simples, das teorias que embasam a revisão judicial dos atos administrativos para o interior de um sistema político, o sistema Constitucional”. In: APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 133.

⁴⁵¹ Nesse tocante Eloisa de Mattos Hofling destaca que as políticas públicas como o “Estado em ação” (Gobert, Muller, 1987); é o Estado implantando um projeto de governo, através de programas, de ações voltadas para setores específicos da sociedade. In: HOFLING, Eloisa de Mattos. **Estado e políticas (públicas) sociais**. Disponível em: www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010132622001000300003&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 18 mar. 2006.

⁴⁵² “As políticas públicas tornaram-se uma categoria de interesse para o direito há aproximadamente 20 anos, havendo pouco acúmulo teórico a respeito, o que desaconselha a busca de conclusões acabadas. Ademais, não é um tema ontologicamente jurídico, mas é originário da ciência política, onde sobressai o caráter eminentemente dinâmico e funcional, que contrasta com a estabilidade e generalidade jurídicas. A noção de políticas públicas emergiu como tema de interesse para o direito com a configuração prestacional do Estado”. In: SANTOS, Marília Lourido dos. **Políticas públicas (econômicas) e controle**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3179>. Acesso em: 17 jun. 2006.

constatar que o Brasil é hoje um país mais injusto e desigual⁴⁵³ do que pobre e, por conseguinte, extremamente dependente de políticas oriundas do Estado para a superação desse nefasto quadro social⁴⁵⁴.

Ampliando-se, pois, as *políticas públicas* como o mecanismo por excelência de ação estatal, estar-se-á divulgando um discurso jurídico de efetivação das normas constitucionais, em especial dos Direitos Fundamentais sociais, haja vista que eles terão um meio adequado e abrangente para serem realizados. Isso porque, consoante explicita Maria Paula Dallari Bucci, “adotar a concepção das *políticas públicas* em direito consiste em aceitar um grau maior de interpenetração entre as esferas jurídica e política ou, em outras palavras, assumir a comunicação que há entre os dois subsistemas, reconhecendo e tornando públicos os processos dessa comunicação na estrutura burocrática do poder, Estado e Administração Pública”.⁴⁵⁵ E, consoante explicita a autora, isso ocorre “seja atribuindo-se ao direito critérios de qualificação jurídica das decisões políticas, seja adotando-se no direito uma postura crescentemente substantiva e, portanto, mais informada por elementos da política”.⁴⁵⁶

Como sustentado no Título Um do trabalho, nesse contexto, se o Estado Constitucional significa a refundação de uma ordem Constitucional pautada na supremacia da Constituição, na força normativa vinculante dos princípios e dos Direitos Fundamentais e na consolidação de um Estado como instrumento de efetivação de um modelo substancial de justiça, pautado pelas normas constitucionais, é necessária a formação de uma estrutura capaz de

⁴⁵³ Até 1990, os 10% mais ricos detêm 49,7% da renda nacional e os 5% mais ricos, 35,5%. PNAD, 1990. Esse quadro desigual somente majorou-se nos últimos anos. Conforme, ainda, a Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL) o Brasil é o país no qual o número de pobres e indigentes é superior à média dos países da América Latina. Segundo o PNUD, entre 1980 e 1990, 47% da população estava em situação de pobreza absoluta, sendo a proporção de 73% urbano e 38% rural.

⁴⁵⁴ Sobre o tema, vide a obra, já citada, de Gilberto Bercovici. Cf. BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

⁴⁵⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 241-242.

⁴⁵⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Id. Ibid.*

efetivamente concretizar essa nova ordem. E essa estrutura deve englobar uma atuação do Estado e uma plena e conjugada participação da sociedade civil⁴⁵⁷.

A estrutura em alusão, como se delineia neste título do trabalho, deverá estar vinculada a uma noção ampla conferida à idéia de *política pública*, exatamente porque esta forma de atuação estatal, que relaciona o aspecto político e exige a participação popular⁴⁵⁸, propicia o exercício efetivo da cidadania e possibilita a realização dos fins acima delineados do (e para o) Estado Constitucional.

A ação estatal, que congrega a participação popular na tomada de decisão política, recebeu ampla referência na Carta Constitucional de 1988, que buscou promover uma descentralização do poder público e a promoção de uma regulação social das políticas, com o escopo de possibilitar uma efetiva interação entre a sociedade civil e o poder público, tanto no sentido da cooperação, quanto no planejamento, no monitoramento e na avaliação das *políticas públicas*⁴⁵⁹.

Por aliar o exercício da cidadania, as *políticas públicas* igualmente se apresentam como o instrumento de ação estatal adequado à realidade contemporânea, fundada em um contexto de pluralismo social, em que o Estado se vê frente a inúmeras tarefas e exigências dificilmente conciliáveis entre si, o

⁴⁵⁷ Argumenta Gustavo Henrique Justino de Oliveira que “importa ao Estado contemporâneo reforçar os vínculos com a sociedade civil, habilitando a organização administrativa para bem corresponder ao desafio de potencializar os efeitos positivos que a experiência com instrumentos participativos pode acarretar no desenvolvimento das ações estatais”. In: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **Participação Administrativa**. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 05, n. 20. p. 191. Cf. SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A Participação Popular na Administração Pública: o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. e também FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Participação Democrática: Audiências Públicas**. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. (coord.) **Estudos de Direito Constitucional** em Homenagem ao Professor José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁴⁵⁸ A própria Constituição prevê em seu inciso II, do artigo 204 “a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação de políticas e no controle das ações em todos os níveis”.

⁴⁵⁹ Nesse tocante é de se ressaltar que a política pública enquanto programa de ação governamental traduz-se no conjunto de atividades estatais compreendendo, desta forma, normas e atos, caracterizando-se como um “programa de ação governamental” visando à concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: COMPARATO, Fabio Konder. **O Ministério Público...**, Contudo a referida análise far-se-á principalmente no campo dos direitos prestacionais (sociais) dispostos no texto Constitucional.

que exige a participação social.

A possibilidade de implementar os fins públicos do Estado por meio do mecanismo das *políticas públicas*, além de permitir uma maior participação social, propicia também a redução da crescente crise de legitimidade estatal, haja vista que a expansão do Estado, muitas vezes, quando realizada por mecanismos unilaterais, acaba não sendo acompanhada por um congruente processo de aprofundamento de participação democrática.⁴⁶⁰

Ao lado dessa crise de legitimidade, o Estado Constitucional contemporâneo apresenta ainda uma crise de identidade e, por decorrência, uma crise de eficácia. A chamada crise de identidade relaciona-se ao fato de que o Estado, frente à sua enorme pluralidade de atividades-fins não distingue quais são, efetivamente, as suas funções originárias e primordialmente públicas, porquanto, em muitas dessas atividades centrais ele pode ser capturado por interesses privados e corporações pouco representativas da sociedade como um todo. Em parte pelas crises acima apontadas, o Estado contemporâneo não consegue priorizar as suas demandas efetivas e necessárias⁴⁶¹.

As *políticas públicas*, nessa linha, apresentam-se como um mecanismo efetivo de gestão pública⁴⁶². Na atualidade, porém, as *políticas públicas*, ainda que utilizadas como um dos principais instrumentos da ação estatal, não são realizadas de forma convergente, integrada e articulada a fim de realizar os Direitos Fundamentais e os objetivos da República. E isso não apenas porque há

⁴⁶⁰ Cf. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Op. cit.*,

⁴⁶¹ LEAL, Rogério Gesta. **E que venham os direitos sociais...** p. V.

⁴⁶² No sistema brasileiro o sistema orçamentário é baseado na elaboração de três instrumentos diversos: o plano plurianual que tem por finalidade estabelecer diretrizes, metas e objetivos da Administração Pública para as despesas de capital e ainda as que dela decorrem relativas aos programas de duração continuada, a lei de diretrizes orçamentárias que acaba delimitando o planejamento, fixando metas e prioridades da Administração Pública, apontando as despesas de capital para o exercício subsequente, orientando a Lei Orçamentária Anual, e ainda dispõe sobre as alterações na legislação tributária e, finalmente, aponta uma política de aplicação quanto às agências oficiais de fomento e, a lei orçamentária anual, que compreenderá o orçamento fiscal, o de investimentos e o da seguridade social. In: MILESKI, Helio Saul. **O Controle da Gestão Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 54-59.

uma pluralidade de formas de *políticas públicas*, desde políticas distributivas, políticas redistributivas, políticas regulatórias e políticas constitutivas, mas porque é necessária uma alteração no padrão das *políticas públicas*, que precisam atuar de forma mais agregada e unificada, com vistas a promover o desenvolvimento social. Fábio Konder Comparato, nessa toada, sustenta que:

(...) uma das grandes insuficiências da Teoria dos Direitos Humanos é o fato de não se haver ainda percebido que o objeto dos direitos econômicos, sociais e culturais é sempre uma *política pública*. A generalidade dos autores continua a repetir, sem maior aprofundamento, que se trata de direitos a uma prestação estatal positiva, em contraste com o dever de abstenção dos Poderes Públicos, característico das liberdades individuais. Mas, como o direito a uma prestação estatal positiva supõe uma relação direta do titular com o Estado, tropeça-se, inevitavelmente, com o obstáculo pragmático de que, salvo em raras hipóteses, das quais me ocuparei mais adiante, o ordenamento jurídico não cria pretensão e ação individual do particular contra os Poderes Públicos, para a realização desses direitos. É claramente impossível compelir o Estado a providenciar imediatamente, a todos os que o demandem, um posto de trabalho, uma moradia, uma vaga em creche, um tratamento médico-cirúrgico de alta complexidade, e outras prestações dessa natureza.⁴⁶³

No Brasil há uma série de carências universalizadas relativas a direitos econômicos, sociais e culturais que não podem ser resolvidas e combatidas tão somente por políticas setoriais, focalizadas, ao contrário, devem as *políticas públicas* ser tratadas de forma congruente, universal e articuladas.

As referidas políticas visando à realização de finalidades gerais, como o desenvolvimento, passaram, no Brasil, a ser objeto concreto de estudo a partir da década de 70, com base em estudos levados a efeito no campo da ciência política, inicia-se um estudo no que tange ao processo de “fazer *política pública*” a partir das variáveis existentes, construindo-se modelos explicativos para a criação de *política pública*, com peculiar enfoque na sua formulação e posterior implementação.⁴⁶⁴

O resultado, porém, das *políticas públicas* não depende apenas da sua viabilidade econômica, mas também da sua coerência jurídica e institucional. O

⁴⁶³ COMPARATO, Fábio Konder. **O Ministério Público...**, p. 249.

⁴⁶⁴ Ana Luiza Vianna divide as políticas em elaboração da agenda, especificação das alternativas, escolha de uma delas e, implementação da decisão. Assim dois são os fatores que interferem na construção da agenda governamental: “os participantes ativos e os processos pelos quais algumas alternativas e alguns itens se tornam proeminentes. In: VIANNA, Ana Luiza. *Abordagens Metodológicas em Políticas públicas*. **RAP – Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, v. 30, n. 2, p. 5-30, mar./abr. 1996. p. 6-8.

que é mais perceptível no caso das *políticas públicas* de desenvolvimento de longo prazo, está na afirmação de que possuem o objetivo de melhoria das condições sociais da população.

Necessário é aludir, nesse contexto, ao desenvolvimento social como uma *política pública* de destaque, de modo que a melhoria geral das condições de vida seja um dos objetivos da República Brasileira e, pelo Estado deve ser buscada. No entanto, não apenas por meio de políticas sociais residuais de políticas econômicas, como tem sido a praxe do Estado brasileiro⁴⁶⁵.

Impõe-se, logo, o planejamento⁴⁶⁶ e a execução de *políticas públicas* sociais, jurídica e politicamente bem articuladas, para o fim da satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais, assim como do desenvolvimento⁴⁶⁷.

Com vistas a examinar as questões acima sumariadas relacionadas às *políticas públicas*, dá-se início a este terceiro título da dissertação com a análise do desenvolvimento da atuação do Estado por meio das *políticas públicas*, de modo que se busca confirmar, nesta parte da dissertação – o que já foi mencionado no Título Um – que a noção clássica do Estado de Direito passa a incorporar um elemento pertinente à cogente e impostergável promoção social, transmutando-se para o Estado Social de Direito e sua denominação

⁴⁶⁵ Sobre a temática, afirma Gilberto Bercovici que “apesar da crise, a falta de integração social, econômica e política continua exigindo uma atuação do Estado. Sem a restauração do Estado não há como propor uma política de desenvolvimento. A crise do Estado brasileiro não pode ser confundida ou limitada à questão dos gastos públicos. As suas condicionantes são muito mais profundas, pois dizem respeito à sua própria desestruturação, em especial no tocante aos pactos políticos que o sustentavam durante o desenvolvimentismo”. In: BERCOVICI, Gilberto. **Políticas Públicas e o Dirigismo...**, p. 182.

⁴⁶⁶ Tem-se que o planejamento (que envolve cinco estágios: diagnóstico programação, execução, controle, avaliação e revisão) não se configura como um processo estático à medida que objetiva realizar metas, sempre se realimentando com os dados sociais, os quais acabam por modificar as alternativas gerando novas metas e objetivos, ou ainda, o abandono destes. In: CHIESORIN JUNIOR, Laerzio. **A Discricionariedade na Execução do Orçamento**. Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre no Curso de Mestrado em Direito do Estado da UFPR, 2001. p. 54-55.

⁴⁶⁷ Segundo Gilberto Bercovici, “é necessária uma política deliberada de desenvolvimento, em que se garanta tanto, o desenvolvimento econômico como o social, que, apesar de interdependentes, não há um sem o outro. O desenvolvimento só pode ocorrer com a transformação das estruturas sociais, o que faz com que o Estado desenvolvimentista deva ser um Estado mais capacitado e estruturado do que o Estado Social tradicional”. In: BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica...**, p. 67.

contemporânea, Estado Constitucional.

Para atingir esse escopo, uma multiplicidade de direitos foi incorporada e assegurada na Constituição, de modo que, para que eles sejam devidamente protegidos e promovidos pelo Estado, há de se ter uma teoria Constitucionalmente adequada⁴⁶⁸ sobre as *políticas públicas*, conforme se intentará demonstrar na seqüência do trabalho.

⁴⁶⁸ Uma teoria Constitucionalmente adequada sobre as políticas públicas não se bastaria como afirmou Clèmerson Merlin Clève, em um discurso denúncia, nem se bastaria também no “discurso antropológicamente simpático ou amigo (amigo das classes populares, amigo dos pobres, amigo do humanismo, amigo das esquerdas etc.), como diz Canotilho, Mais do que isso, importa hoje, para o jurista participante, sujar as mãos com a lama impregnante da prática jurídica, oferecendo, no campo da dogmática, novas soluções, novas fórmulas, novas interpretações, novas construções conceituais. Este é o grande desafio contemporâneo. Cabe invadir um espaço tomado pelas forças conservadoras, lutando ombro a ombro, no território onde elas imperam, exatamente para, com a construção de uma nova dogmática, alijá-las de suas posições confortavelmente desfrutadas”. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo: para uma dogmática Constitucional emancipatória**. In: Uma vida dedicada ao Direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. São Paulo: RT, p. 37-38.

CAPÍTULO I

AS *POLÍTICAS PÚBLICAS* COMO INSTRUMENTO DE AÇÃO DO ESTADO CONTEMPORÂNEO E OBJETO DO DIREITO ADMINISTRATIVO.

“Es necesario advertir, además, que ésta es una vision em construcción, em la cual apenas se comienza a abrir camino y queda mucho por avanzar.” (Carlos Salazar Vargas)

O exame das *políticas públicas* requer análise sobre o atual estágio de desenvolvimento das formas de atuação do Estado para a realização dos Direitos Fundamentais sociais, econômicos e culturais. Com vistas a isso é que se fará, doravante, a análise desta modalidade de ação estatal.

O escopo essencial deste capítulo é a promoção de um exame acerca da concretização das *políticas públicas*⁴⁶⁹ sociais. Trata-se, logo, de uma investigação acerca da intensidade, da abrangência, das formas e dos valores que subjazem à concretização das metas e dos objetivos assentados pelas Constituições, em particular pela Constituição Federal de 1988, para o Estado brasileiro contemporâneo.⁴⁷⁰

⁴⁶⁹ De acordo com Cristiane Derani, “as políticas são chamadas de públicas, quando estas ações são comandadas pelos agentes estatais e destinadas a alterar as relações sociais existentes. São políticas públicas porque são manifestações das relações de forças sociais refletidas nas instituições estatais e atuam sobre campos institucionais diversos, para produzir efeitos modificadores na vida social. São políticas públicas porque empreendidas pelos agentes públicos competentes, destinadas a alterar as relações sociais estabelecidas”. In: DERANI, Cristiane. **Privatização e Serviços Públicos: As Ações do Estado na Produção Econômica**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 239.

⁴⁷⁰ Cf. Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas: A Responsabilidade do Administrador e do Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 81 e seguintes.

A narrativa histórica demonstra que o poder jurídico-político estatal, a partir de sua matriz moderna, teve por desígnio a realização dos mais diversos fins: desde a busca pela repressão dos intentos de emancipação popular e a imposição de valores de uma determinada posição ou classe social, passando pela disseminação de uma ideologia da aceitação e pela salvaguarda da liberdade individual, chegando à realização de tarefas designadas como de interesse comum, público, e à salvaguarda dos Direitos Fundamentais, de forma que, para cada uma dessas finalidades estatais, houve o delineamento de um modelo de Estado distinto, ao menos quanto aos valores que lhe informavam⁴⁷¹.

Como mencionado no título um, o modelo atual, em relação à sua estrutura jurídica, concreta e axiológica, é designado como Estado Constitucional, uma vez que sua Constituição – ao contrário das Cartas Magnas outorgadas ao tempo do Estado de Direito, cujo objetivo central era a limitação do poder público – estabeleceu metas, diretrizes ou princípios vinculados abertamente a valores e a opções políticas gerais por meio das suas espécies jurídico-normativas⁴⁷², com o escopo, para citar um exemplo, da redução das desigualdades sociais, por intermédio do estabelecimento de políticas específicas, como a prestação de serviços de educação e saúde, com vistas à superação de um grave quadro social, no qual a maioria da população não consegue exercer, em plenitude, sua dignidade humana⁴⁷³.

A compreensão da passagem do modelo liberal, protecionista, para o

⁴⁷¹ MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 79.

⁴⁷² FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 14.

⁴⁷³ De acordo com Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, “a mudança do modelo de Estado implicou, sobretudo, transformações ao nível da função administrativa. Já que, num Estado que se tornou social, a Administração, até então, apenas considerada como agressiva dos direitos dos particulares vai ser entendida como o principal instrumento de realização das novas funções e de satisfação das novas necessidades que são, agora, atribuídas ao Estado. Assim, a Administração passa de agressiva a prestadora ou constitutiva, e essa sua nova função torna-se a principal característica do Estado social que é, necessariamente, um ‘Estado de Administração’.” PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 1996. p. 74.

Constitucional, ainda protecionista⁴⁷⁴, mas igualmente prestador, requer o exame da forma de ação utilizada por cada um desses paradigmas do Estado brasileiro, como se fará no tópico subsequente.

1.1. Entre a Estrutura e a Conjuntura: O Desenvolvimento da idéia de “Política pública” como o mecanismo de Ação do Estado brasileiro.

Até o início do século XX prevaleciam absolutamente as idéias em torno de um Estado mínimo que assegurasse apenas a ordem, por meio de aparatos de segurança pública e de garantia da propriedade, que não interferiria no mercado, o qual era considerado autônomo e agente de regulação natural das relações sociais.⁴⁷⁵

Por sua vez, o modo de como se estruturou o Estado liberal é mais voltado à limitação do poder para a garantia das liberdades individuais, em sentido omissivo, do que à ação do Estado, em sentido comissivo e construtivo. Os poderes públicos não foram conformados ao caráter prestacional e de gestão assumido pela Administração contemporânea⁴⁷⁶.

Nesse quadro, a posição social de cada um dos cidadãos era derivada pelo grau de sua inserção no mercado. Os cidadãos ausentes do mercado eram excluídos, tanto da produção, quanto do uso dos bens e serviços indispensáveis à própria sobrevivência.

No transcurso do século XX, entretanto, inúmeras crises desse sistema fundado na dicotomia Estado de um lado e mercado, de outro, surgiram. Desde a

⁴⁷⁴ Protecionismo, no sentido aqui referido, jurídico e não econômico, quer significar a garantia dos direitos individuais, ou de primeira dimensão.

⁴⁷⁵ E as Constituições tinham a mesma sorte no sentido de que exigia-se do Estado um “não fazer” de tal forma que nada interferisse nas relações entre os indivíduos. In: FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Op. cit.*, p. 29

⁴⁷⁶ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica...**, p. 58 e seguintes.

crise econômica de 1929, passando pela segunda grande guerra, os momentos de anormalidade fizeram com que as relações do mercado com o Estado se alterassem profundamente. De maneira gradativa, passou-se a admitir que o mercado dependeria profunda e diretamente da intervenção estatal⁴⁷⁷.

Da mão invisível do mercado teorizada por Adam Smith, que regularia todas as situações, passa-se a verificar a atuação de uma mão visível⁴⁷⁸, estatal, a qual passa a ser o principal agente de mediação e de influência dentre os atores da sociedade civil.

Para que o Estado possa influenciar a atuação⁴⁷⁹ da *Sociedade Civil* é elaborada uma série de mecanismos jurídicos para que sua atuação ocorra a contento. Nesse contexto, o instrumento utilizado para a promoção dessa participação perante as relações sociais são as *políticas públicas*.⁴⁸⁰

Por conseguinte, como agente central de implementação das *políticas públicas*, o Estado torna-se uma arena de disputa pelo acesso à riqueza social, haja vista que as *políticas públicas*, inequivocamente, envolvem conflitos entre as camadas sociais e, de modo invariável, implicam escolhas⁴⁸¹ que resultam no atendimento de um interesse em detrimento de muitos outros.

⁴⁷⁷ GRAU, Eros Roberto. **O Estado, a Liberdade e o Direito...** p. 167 e seguintes.

⁴⁷⁸ Cf. MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. **A Mão Visível: Mercado e Regulação**. Coimbra: Almedina, 2003.

⁴⁷⁹ Embora as expressões atuação e intervenção possam ser, à primeira vista, cambiantes entre si, adverte Eros Roberto Grau que atuação tem uma conotação mais ampla e que a intervenção dirige-se à atuação em área de outrem, de onde se verifica que o Estado não pratica intervenção quando presta serviço público ou regula a prestação de serviço público". In: GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica...**, p. 84 e seguintes.

⁴⁸⁰ Em assim sendo "a realização dos direitos sociais levará ao fim da posição tradicional de antagonismo entre Estado e Sociedade (...) deduz-se, pois (...) a substituição do modelo positivo e apenas jurídico das constituições liberais pelas cartas que já afirmavam os direitos sociais e firmavam as bases dos direitos sociais e firmavam as bases do Estado Social de Direito, cuja representante primeira foi a Constituição Mexicana de 1917, oriunda de uma revolução, e a Constituição de Weimar da República Alemã, datada de 1919". In: FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Op. cit.*, p. 33.

⁴⁸¹ Diante da escassez de recursos, alguns direitos serão suprimidos em detrimento de outros, por mais imprescindíveis. As escolhas, desta forma, significam o conteúdo ético das escolhas políticas, "escolhas realmente trágicas". Por conseguinte essas escolhas significarão numa opção trágica no sentido de que, em certa medida, algum dos direitos não será atendido. In: GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 159

Nas últimas décadas do século XX, na maioria dos países, houve um forte ajuste econômico, principalmente nos países em desenvolvimento, o que agravou a problemática social. Ao mesmo tempo em que se deparava com um aumento contínuo da longevidade, houve o surgimento do desemprego setorial, com a inexistência de postos de trabalho suficientes para todas as pessoas em idade economicamente ativa, o que, por conseqüência ocasionou uma precarização das relações trabalhistas, por meio da desregulamentação de determinados direitos⁴⁸².

No Brasil, a crise decorrente do esgotamento do “milagre econômico”, entre o final da década de 70 e o início da década de 80, permitiu o surgimento de uma conjuntura favorável ao movimento da sociedade civil em direção à redemocratização e, a partir disso, a um rearranjo da sociedade civil e das instituições públicas. De onde resultou a instalação da Assembléia Nacional Constituinte com a tentativa do estabelecimento de uma nova ordem social, por meio da promulgação de uma nova Constituição, programática e democrática, que garantisse que os direitos sociais⁴⁸³, de algum modo, pudessem ser inseridos e traduzidos, também, como deveres do Estado, por meio da realização de *políticas públicas*.

O final da década de oitenta do século XX ficou marcada, no Brasil, como uma década reformista, em que se visava a uma grande transformação para o país, com a inserção na Constituição de metas e objetivos que poderiam ser

⁴⁸² Surge, portanto, uma crítica aos direitos formalmente assegurados pela Constituição. Neste tocante vale lembrar as anotações de Luiza Fonseca Frischeisen: pois “de nada adianta ter direitos universalmente declarados, se os mesmos não são passíveis de exercício na comunidade na qual o indivíduo vive, ou seja, se sua cidadania e suas características próprias não são reconhecidas (...) esse é precisamente um dos dilemas do direito Constitucional contemporâneo: como passar da esfera abstrata de princípios à concretude das normas e exercício dos direitos estatuídos na Constituição.” In: FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Op. cit.*, p. 33.

⁴⁸³ Em razão da natureza dos direitos sociais, reclamando do poder político uma demanda de recursos, a escolha política a qual sofre pressões ideológicas sob o fundamento de uma aplicabilidade plena, busca o ideal de uma sociedade livre, justa e solidária, meta esta estipulada pelo texto Constitucional. In: ALMEIDA, Dayse Coelho de. **A fundamentalidade dos direitos sociais**. Disponível em: http://www.anamatra.org.br/geral/artigo_IEC.doc. Acesso em: 04 jun. 2006.

cumpridos, tais como a redução das desigualdades regionais, a erradicação da pobreza, o crescimento sustentado, a ampliação do emprego, uma melhor distribuição de renda, a universalização do acesso ao sistema de seguridade social, que foi inserido na Constituição segundo o tripé previdência, saúde e assistência social; a reforma agrária, dentre outros.

Além disso, a Carta Constitucional de 1988 promoveu uma descentralização do poder público e a promoção de regulação social de políticas, numa interação entre a sociedade civil e o poder público.

Entretanto, esse otimismo brasileiro, tardio, já se encontrava na contramão dos processos de reestruturação social e econômica dos países centrais, que sob a bandeira neoliberal, buscavam conter gastos e minimizar a cobertura no atendimento das necessidades sociais, retirando competências do Estado e as passando novamente ao mercado.

Na década de 1990, no entanto, verificou-se a luta de determinados setores da sociedade civil pela regulamentação e pelo atendimento aos Direitos Fundamentais previstos na Constituição. Por essa razão, foram regulamentadas as áreas de proteção à criança e ao adolescente, da seguridade social, da saúde, da assistência social, da educação, da previdência social, do consumidor etc. A virada para o século XXI, portanto, ficou marcada no Brasil pelo conflito entre a expectativa da implementação das *políticas públicas* que concretizassem esses direitos conquistados, assegurados pela Constituição, e as restrições políticas e econômicas postas à sua imediata implementação.⁴⁸⁴

Com vistas à indicação de alguns aportes que possam indicar as

⁴⁸⁴ Com efeito, Marília Lourido dos Santos aponta como três os fatores para se estudar as políticas públicas: “estão ligadas ao resguardo dos direitos sociais e políticos, pois estes demandam do Estado prestações positivas e significam o alargamento do leque de direito fundamentais; o desenvolvimento de certos setores e atividades do mercado significou a geração de novas demandas, como os direitos dos consumidores, que transitam entre as atividades econômicas e a regulação estatal; e o planejamento inerente à noção de políticas públicas, tornou-se necessário para garantir maior eficiência da gestão pública e da própria tutela legal. Importa, elevar o nível de racionalidade das decisões, evitando processos econômicos, sociais e políticos de cunho cumulativos e não reversíveis, em direções indesejadas”. In: SANTOS, Marília Lourido dos. *Id. Ibid.*

possibilidades de efetivação desses direitos acima indicados e assegurados pela Carta Constitucional, é que se buscará, nos tópicos a seguir, delimitar o sentido e o alcance contemporâneo da noção de *políticas públicas* sob o arcabouço teórico do Direito Administrativo.

1.2. As *Políticas públicas* como “categoria” jurídica e objeto do Direito Administrativo Contemporâneo.

As *políticas públicas* se tornaram uma categoria de interesse para o direito há pouco tempo, havendo pouca literatura jurídica acerca do tema, do seu conceito, da sua situação entre os diversos ramos jurídicos, assim como do regime jurídico a que estão submetidas a sua criação e realização⁴⁸⁵.

E isso porque as necessidades sociais, ao tempo do modelo de Estado antecedente, eram subsumidas à noção de *interesse público*. Atualmente, com o aumento do pluralismo social, “necessidades sociais nunca antes sentidas passaram a reclamar ações do poder público, muitas de natureza prestacional, atingindo áreas da vida pessoal e social que estavam fora do âmbito da política”,⁴⁸⁶ por isso, mostra-se premente a análise jurídica das *políticas públicas*.

Em regra, as *políticas públicas* representam uma temática complexa, uma vez que, como mencionado, não possuem uma raiz ontologicamente jurídica, mas sim derivada de um âmbito de preocupação de ordem política e, por conseguinte, dinâmica. O instrumental jurídico de análise centrada na norma jurídica não se apresenta como o mais adequado para captar o sentido dinâmico e orientado a fins que possuem as *políticas públicas*. Todavia, a circunscrição jurídica do tema, na contemporaneidade, é inafastável⁴⁸⁷.

⁴⁸⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo...**, p. 241.

⁴⁸⁶ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 64.

⁴⁸⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo...**, p. 244.

Com antes demonstrado, o Direito Administrativo é um ramo do conhecimento jurídico de desenvolvimento recente que se volta à salvaguarda dos indivíduos em face das arbitrariedades estatais e à disciplina jurídica dos serviços públicos, que intensificaram a atividade estatal.⁴⁸⁸

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, houve o aprofundamento de uma outra função qualitativa do Estado, correspondente à realização dos direitos sociais, culturais e econômicos. Já o modo de ação caracterizador do Estado Social é um modo de agir ordenado sob a forma de *políticas públicas*, que é um conceito mais amplo que o de serviço público⁴⁸⁹, haja vista que contempla também as funções de coordenação e de fiscalização dos agentes públicos e privados.

O fundamento das *políticas públicas* é, a rigor, a existência dos direitos sociais, aqueles que precisam se concretizar mediante prestações positivas do Estado. Enquanto os direitos individuais consistem em liberdades, os direitos sociais consistem em prestações.⁴⁹⁰

⁴⁸⁸ O modelo de Estado Social, como demonstrado no Título Um do trabalho, nasce como resposta ao Estado Liberal, uma vez que ocorre uma mudança paradigmática no sentido de que ao invés de se limitar o poder, ao Estado é atribuído o dever de promoção dos direitos sociais, por meio da execução de atividades de cunho prestacional (serviços públicos – DUGUIT, JEZÉ, HAURIUO) aos cidadãos, interferindo nas liberdades individuais, garantindo os Direitos Fundamentais aos cidadãos.

⁴⁸⁹ Sobre o serviço público, cuja definição sempre repousou sobre o Direito Administrativo, sem embargo de seu estabelecimento Constitucional, Maria Sylvia Zanella di Pietro argumenta que “a noção de serviço público não permaneceu estática no tempo; houve uma ampliação na sua abrangência, para incluir atividades de natureza comercial, industrial e social; é o Estado, por meio da lei, que escolhe quais as atividades que, em determinado momento, são considerados serviços públicos; no direito brasileiro, a própria Constituição faz essa indicação nos artigos 21, incisos X, XI, XII, XV e XXIII, e 25, parágrafo 2, alterados, respectivamente, pelas Emendas Constitucionais 8 e 5, de 1995; isto exclui a possibilidade de distinguir, mediante critérios objetivos, o serviço público da atividade privada; esta permanecerá como tal enquanto o Estado não a assumir como própria; daí outra conclusão: o serviço público varia não só no tempo, como também no espaço, pois depende da legislação de cada país a maior ou menor abrangência das atividades definidas como serviços públicos; não se pode dizer, dentre os conceitos mais amplos ou mais restritos, que um seja mais correto que outro, pode-se graduar, de forma decrescente, os vários conceitos: os que incluem todas as atividades do Estado (legislação, jurisdição e execução); os que só consideram as atividades administrativas, excluindo jurisdição e legislação, sem distinguir o serviço público do poder de polícia, fomento e intervenção; os que preferem restringir mais para distinguir o serviço público das outras três atividades da Administração Pública”. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito...**, p. 99.

⁴⁹⁰ Complementando Marília Lourido dos Santos assevera que “o fundamento das políticas públicas assenta-se na existência dos direitos sociais, enquanto direitos Constitucionalmente positivados, cuja nota distintiva é o fato de que sua concretização de dá por meio de prestações

A função estatal de coordenar as ações públicas, que congregam os serviços públicos e os agentes privados para a realização dos direitos dos cidadãos – assistência social, habitação, previdência, saúde, educação, justifica e legitima a ação do Estado.

Esse raciocínio não explica, porém, todas as formas e modalidade de *políticas públicas* existentes, porquanto existem as de fomento industrial, de energia, de transportes que não se fundamentam necessariamente na realização de Direitos Fundamentais sociais, mas se inserem numa política de desenvolvimento, que possibilitam uma elevação do nível e da qualidade de vida da população, que também não deixa de representar um escopo para o Estado Constitucional contemporâneo⁴⁹¹.

Questionou-se no início deste título porque as *políticas públicas* devem ser estudadas pelo Direito Administrativo. Assim como se perguntou se haveria alguma expressão jurídica das *políticas públicas*, em outras palavras, se seria possível se falar em um regime jurídico das *políticas públicas*.

As respostas a estes questionamentos advêm do exame do próprio significado dessa forma de ação do Estado Contemporâneo, uma vez que as *políticas públicas* significam a coordenação dos meios à disposição do Estado, de forma a harmonizar as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados⁴⁹².

Nesse passo, argumenta Maria Paula Dallari Bucci que o estudo das *políticas públicas* deveria se dar no âmbito do Direito Administrativo justamente porque este é o âmbito do direito que se ocupa do estudo da instituição estatal, na sua vertente executiva, enquanto o Direito Constitucional se volta antes à

positivas do Estado. Assim, diferentemente dos direitos individuais ou de primeira geração, que consistem em liberdades, os direitos sociais ou de segunda geração consistem em poderes exercidos a partir das condições materiais exercidas pelo Estado. In: SANTOS, Marília Lourido dos. **Interpretação ...**, p. 76-77.

⁴⁹¹ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica...**, p. 45 e seguintes.

⁴⁹² BUCCI, Maria Paula Dallari. *Op. cit.*, p. 265.

disposição dos Direitos Fundamentais e da organização do aparato estatal⁴⁹³. O que resta confirmado por Marília Lourido dos Santos:

Ainda hoje, não se encontra sedimentado doutrinariamente – ou mesmo pela jurisprudência – o modo como o direito racionaliza o tema, não se podendo falar com propriedade sobre a existência de um regime jurídico das *políticas públicas*. Entretanto, como é o Direito Administrativo que cuida da racionalização formal do poder pelas funções do governo, mediante as atividades da Administração Pública, foi em seu âmbito que surgiram as primeiras reflexões jurídicas acerca do tema.⁴⁹⁴

Em sentido contrário, poder-se-ia argumentar que a disciplina jurídica das *políticas públicas* não pertenceria ao Direito Administrativo, mas ao Direito Constitucional, pois as políticas consistem na atuação do Estado para a implementação de escolhas políticas, que são feitas, em sua maioria, pelo poder legislativo.

Outrossim, em se falando dos escopos do Estado, deve se levar em conta que não se pode rearticular o Direito Público apenas em torno da noção de política pública, que é um dos instrumento de alcance das finalidades postas ao Estado, mas não a única. Segundo Gilberto Bercovici, em posição que se subscreve neste estudo, “essa rearticulação deve ser dar um torno de uma renovada Teoria do Estado, com visão de totalidade, capaz de compreender as relações entre a política, a democracia, a soberania, a Constituição e o Estado...”⁴⁹⁵

Entretanto, há que se ver o Direito Administrativo como um integrante da teoria política, que busca conciliar autoridade e liberdade. Ou seja, intenta esse ramo jurídico buscar a realização dos interesses públicos de um lado e a salvaguarda dos interesses privados contra o abuso do poder.

Não há que se restringir a análise das *políticas públicas* a um ramo jurídico, há que ter uma análise conjugada dessa forma de atuação estatal, pelo que a questão da topologia das *políticas públicas* deve ser deixado de lado, para

⁴⁹³ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Id. Ibid.*

⁴⁹⁴ SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação...*, p. 77.

⁴⁹⁵ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica...*, p. 63.

examinar o que elas são, propriamente.⁴⁹⁶

Sendo as *políticas públicas* programas de ação governamental que visam coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, elas apresentam uma similitude com a noção de plano⁴⁹⁷ administrativo. Entretanto, ainda que a *política pública* possa consistir num programa de ação governamental ela não se exprime necessariamente no instrumento jurídico do plano.⁴⁹⁸

Com efeito, a política é mais ampla que o plano, pois se delimita como “o processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo, com a participação dos agentes públicos e privados”.⁴⁹⁹ De forma que destaca ainda Maria Paula Dallari Bucci que as “*políticas públicas* são os programas de ação do governo, para a realização de objetivos determinados, num espaço de tempo certo”.⁵⁰⁰

A *política pública*, pois, transcende os instrumentos normativos do plano ou do programa. Há um paralelo entre o processo de formulação da política e a atividade de planejamento⁵⁰¹, mas as escolhas das diretrizes da *política pública* e

⁴⁹⁶ Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Id. Ibid.*

⁴⁹⁷ Cf. FRANCO. Antônio L. de Sousa. **Finanças Públicas e Direito Financeiro**. Conforme menciona Laerzio Chiesorin Junior o plano é um dos três instrumentos pelos quais se materializa o planejamento. Assim, tem-se que o plano aborda de forma genérica quais serão os objetivos, meios e estratégias a serem utilizados; os programas definem objetivos parciais dos meios e técnicas, a partir de critérios espaço-tempo; e, pelo projeto se pormenoriza a construção de obra ou realização de um serviço. CHIESORIN JUNIOR, Laerzio. *Op. cit.*, p. 55.

⁴⁹⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Id.* p. 241.

⁴⁹⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Id.* p. 140.

⁵⁰⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Id. Ibid.*

⁵⁰¹ Em relação ao planejamento, tem-se como imprescindível sua utilização, uma vez que é o meio capaz de utilizar de forma adequada e pertinente os recursos disponíveis, sejam eles materiais, humanos ou ainda financeiro, possibilitando, dessa forma, uma racionalização no modo de agir, mais eficaz e eficiente visando atingir os objetivos propostos. Em se tratando do poder público, como os recursos são escassos se faz ainda mais imperiosa a presença do planejamento com o intuito de prestação de melhores serviços, otimizando os recursos, comportando-se, desta forma enquanto “proposta técnica” o que faz com que haja uma organização no que se refere aos serviços públicos, avaliando, também, os processos de redução ou elevação das desigualdades sociais, buscando igualdade de oportunidades, dentre outros. In: MILESKI, Helio Saul. *Op. cit.*, p. 52.

os objetos de determinado programa não são simples princípios de ação, pois que a formulação da política consiste num procedimento de coordenação entre os programas e atos complexos de governo.⁵⁰²

As linhas gerais das *políticas públicas*, como enunciado durante todo o percurso do trabalho, devem estar na Constituição. O Poder Legislativo pode organizá-las na forma das leis, para possa o Poder Executivo realizá-las de modo mais adequado, o que não necessariamente significa um aumento da sua competência.

Isso porque este Poder não se limita à administração do presente, mas o planejamento do futuro⁵⁰³, por meio da realização de *políticas públicas* de longo prazo, com vistas ao desenvolvimento econômico e social.

Eis porque é adequado se falar que as *políticas públicas* compõem-se de projetos de longo prazo e a sua realização ultrapassa a duração de um governo, uma vez que os objetivos da Constituição não podem ser sacrificados pela alternância do poder.

A efetividade de uma *política pública*, de qualquer natureza, está relacionada com a qualidade do processo administrativo que precede a sua realização e que a implementa. As informações sobre a realidade a transformar, a capacidade técnica e a vinculação profissional dos servidores públicos, a disciplina jurídica dos serviços públicos, determinará, em concreto, os resultados da *política pública* como instrumento de desenvolvimento.

Eis, pois, as razões pelas quais deve o Direito Administrativo, ao lado do exame dos demais mecanismos promotores dos escopos do Estado

⁵⁰² Neste aspecto, os planejamentos, planos e programas serão os instrumentos pelos quais serão instrumentalizadas as políticas públicas, na qual, para tal, expressar-se-ão em leis que permitam institucionalizar suas diretrizes e metas. Contudo, o termo política pública é mais abrangente que o de plano ou de programa (os quais apenas escolhem meios de realização das metas de governo), compreendendo, para tanto, uma ensejo de opção entre os objetivos (havendo, portanto, uma hierarquização) da qual depende dos agentes através da uma escolha de prioridades. In: SANTOS, Marília Lourido dos. **Interpretação Constitucional...**, p. 84

⁵⁰³ Segundo Gilberto Bercovici, “um Estado que abre mão de planejar o futuro, desta forma, abre mão, também, de uma das características fundamentais de sua própria estatalidade”. In: Bercovici, Gilberto. **Constituição Econômica...**, p. 68.

Constitucional, como os serviços públicos, voltar a estudá-la.

Com o objetivo de apresentar alguns elementos para a estruturação das *políticas públicas* no âmbito do edifício do Direito Administrativo brasileiro contemporâneo, é que se fará, adiante, o estudo da pricipiologia que informa este ramo jurídico e que pode ser aplicados às *políticas públicas*, com vistas a que os escopos estatais por elas veiculados possam ser efetivados.

1.3. O CONTROLE DAS *POLÍTICAS PÚBLICAS* POR MEIO DOS PRINCÍPIOS: A PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL APLICÁVEL ÀS FORMAS DE ATUAÇÃO.

O presente tópico volta-se ao exame dos princípios, tomados na forma de normas jurídicas que apresentam pautas sintetizadoras de noções ou valores basilares do sistema jurídico, essenciais à disciplina das relações em que o Estado integra⁵⁰⁴ e que, portanto, podem ter incidência sobre as *políticas públicas*, haja vista que estas são tomadas como um dos seus mecanismos cardeais, na atualidade.

Para tanto, conveniente se mostra dar destaque à dimensão conferida ao

⁵⁰⁴ De acordo com Paulo Ricardo Schier, a Constituição tem por finalidade definir e proteger um determinado núcleo de Direitos Fundamentais, além de racionalizar, fundamentar, legitimar, limitar etc. o exercício do poder (em vistas da proteção daquele referido núcleo de Direitos Fundamentais). Neste sentido há de se compreender que diversas são as formas de alcançar tal mister e, de acordo com a variação de cada modelo adotado, será possível também encontrar as especificidades de cada comunidade. É, assim, a partir das opções fundamentais que se faz em determinado momento histórico, que se estruturam as constituições. Logo, ao lado da definição de um quadro de Direitos Fundamentais, as constituições, materialmente, também se formam a partir de algumas opções fundamentais: opções por princípios estruturantes do Estado, do Direito e da comunidade. Neste sentido, as opções explícitas ou implícitas por determinados princípios fundamentais numa Constituição prestam-se a diversas finalidades. São os princípios fundamentais que (i) nortearão os diversos sentidos e certas dimensões da extensão dos Direitos Fundamentais, (ii) definirão as formas básicas de legitimação, fundamentação, racionalização e exercício do poder, (iii) explicitarão as opções fundamentais da comunidade, (iv) as opções jurídicas e estatais fundamentais, (V) os seus valores mais caros, a partir dos quais serão estruturados a sociedade, o Estado e Direito. Substanciam, por isso, os princípios fundamentais, verdadeira síntese-matriz do Direito. Expressam a “carteira de identidade” da sociedade, o “ser-em-comum” dentro da diversidade comunitária, o ponto de encontro que permitirá a função de unificação política, referida por Hesse, diante dos quadros sociais cada vez mais plurais e complexos. In: SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos Desafios...**, p. 157.

processo de incorporação dos princípios ao ordenamento jurídico. Demonstrou-se, no caminhar do trabalho, que o Constitucionalismo atual possui grande preocupação com os valores que integram o sistema. A necessidade de superação do positivismo normativista conduziu a teoria jurídica a uma reaproximação com a ética e a moral, que haviam sido, no auge do positivismo, apartadas.

As Constituições provenientes do período posterior à Segunda Guerra Mundial promoveram essa reabilitação da ética e da moral com o Direito. Ela se deu, essencialmente, pela inserção dos princípios entre as normas legais. Todavia, essa inserção dos valores no Direito não resultou em um retorno ao *jusnaturalismo*, que buscava, sob critérios de justiça e moral, apresentar a razão última das normas jurídicas.

Esse modelo de sistema jurídico, levado a efeito no último quarto de século, qualifica os princípios como um “critério imanente à ordem jurídica”⁵⁰⁵ ou como um “núcleo de condensação de valores”.⁵⁰⁶ Desse modo, não são os princípios mera representação de valores transcendentais situados fora do ordenamento jurídico. Ao contrário disso, eles incorporam e representam tão-só os valores eleitos por meio de processos históricos ou racionais que, a partir daí, precisam ser encontrados, de modo explícito ou implícito, dentro do próprio ordenamento que compreende o sistema jurídico.

A rigor, pode-se dizer que a teoria dos princípios propicia a inserção de um substrato ético-moral no Direito – característico do *jusnaturalismo*, sem o comprometimento da unidade sistemática deste – próprio do positivismo.

Os princípios característicos desse novo modelo jurídico, do Estado Constitucional, contudo, não se identificam integralmente como aqueles princípios

⁵⁰⁵ BETTI, Emílio. **Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridici**. Milão: 1949. p. 52. Apud: BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: UnB, 1991. p. 158.

⁵⁰⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1993. p.49.

gerais do Direito, indicados no artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Esses “novos” princípios não se prestam apenas ao preenchimento de lacunas na lei, pois se constituem como efetivas normas jurídicas, ao lado das regras, como já explicitado no Título Um.

Os princípios desempenham, desse modo, para além da função integrativa, as funções de fundamentação, interpretação e direção do ordenamento jurídico. Por isso é que os princípios representam, no atual estágio de desenvolvimento do ordenamento jurídico, “critérios ou diretrizes basilares do sistema jurídico, traduzindo-se em disposições hierarquicamente superiores do ponto de vista axiológico, em relação às normas e aos próprios valores, sendo linhas mestras de acordo com as quais se deverá guiar o intérprete quando se defrontar com antinomias jurídicas”.⁵⁰⁷

Mas não apenas isso. O papel dos princípios como vetores axiológicos cresceu muito nos últimos anos. O Direito Administrativo, como disciplina jurídica voltada à regência das relações que o Estado integra, também não permaneceu imune a essa nova dimensão dos princípios jurídicos. Isso não significa dizer que o “direito” da Administração Pública até então desconhecesse os princípios, ao contrário, sempre esteve governado por princípios gerais, como os princípios do *interesse público* e a perspectiva clássica do princípio da legalidade, decorrente de uma concepção liberal do Estado de Direito.

A dimensão contemporânea trazida pelos princípios do Estado Constitucional, porém, é outra. Relaciona-se com o fenômeno da Constitucionalização da Administração Pública⁵⁰⁸, que agrega ao Direito Administrativo preocupações materiais, relacionadas aos valores fundamentais estabelecidos pela Constituição, e não apenas as preocupações de mera organização do aparato de Estado, como era a função dos princípios do modelo

⁵⁰⁷ FREITAS, Juarez. **A interpretação...**, p. 47.

⁵⁰⁸ Cf. BAPTISTA, Patrícia. *Op. cit.*, p. 82 e seguintes.

anterior.

Nessa linha, os princípios propiciam uma base mais ampla, bem como uma progressiva legitimação para a Administração Pública na consecução dos seus fins, de modo que o seu estudo pode facilitar o controle das suas ações e, por decorrência, das suas políticas. Na seqüência, portanto, far-se-á a análise de princípios constitucionais vetores da Administração Pública, que são plenamente aplicáveis às *políticas públicas*, propiciando o seu controle, na perspectiva da realização dos seus fins.

O primeiro princípio Constitucional de destaque aplicável à Administração Pública é o princípio da legalidade, que se encontra previsto no artigo 5º, inciso II, e artigo 84, inciso IV, *caput*, da Constituição Federal, assim como no artigo 37, *caput*. Ele tem previsão legal na disciplina jurídica infraconstitucional, na lei 4.717/65, que disciplina a ação popular, assim como na lei 8.429/92 que regula a improbidade Administrativa, a lei 8.666/93, que estabelece normas gerais sobre Licitações e Contratos Administrativos e na lei 9784/1999, que regula o processo Administrativo na esfera brasileira federal.

Esse princípio, na forma como é conhecido, é coevo ao Estado de Direito, porquanto é fruto do Estado liberal, que visava à limitação do Poder. A legalidade veio a estabelecer-se como a fonte do Direito que não se encontra mais em nenhuma instância transcendental à comunidade, senão nela própria, na sua vontade geral⁵⁰⁹.

Em seu sentido contemporâneo, o que o princípio da legalidade quer significar é que não se pode submeter a Administração apenas à lei formal, mas sim a todo o ordenamento e seu poder normativo, que contempla a democracia, a soberania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, com vistas a construir uma sociedade melhor e mais justa, um Estado de Direito Material, isto é, um Estado Constitucional, pelo

⁵⁰⁹ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração...**, p. 45 e seguintes.

que passa a ser chamado também como princípio da juridicidade, ou seja, de submissão da Administração ao Direito⁵¹⁰.

Como visto, a legalidade decorre do princípio do Estado de Direito, sendo fundamental para a formação do regime jurídico administrativo. É ela que impõe aos mandatários do poder popular “um quadro normativo que embargue os favoritismos, perseguições e desmandos”.⁵¹¹

O princípio da legalidade que significa a subordinação da atividade administrativa à função legislativa, possui duplo sentido: negativo e positivo.

No negativo, significa que a atividade encontra limite formalmente insuperável na lei, tanto em relação à finalidade, quanto aos meios e formas. No sentido positivo, significa que a lei pode vincular a atividade administrativa, indicando-lhe fins, meios e formas. No duplo sentido, tem-se que a legalidade impõe à Administração o ônus de fazer somente aquilo que a lei consente. Enfim, o princípio da legalidade torna a atividade Administrativa infralegal.

No Brasil, o referido princípio possui natureza estrita, não havendo flexibilidade como em outros países, nos quais o Executivo pode editar regulamentos com força de lei e não apenas destinados à execução da lei. Por isso que, no Brasil, se fala em obediência estrita à legalidade, ou seja, a Administração deve observar integralmente o disposto pelo Poder Legislativo, cabendo ao executivo apenas a expedição de atos normativos secundários, de natureza instrumental.

Como ressaltado no capítulo primeiro, há uma profunda mudança no papel da legalidade para o papel do Estado Constitucional. Isso porque a grande maioria das leis insere-se hoje no quadro de políticas governamentais e tem por função não mais a declaração de direitos e deveres em situações jurídicas

⁵¹⁰ COSTALDELLO, Angela Cassia. **A Invalidade dos Atos Administrativos: Uma Construção Teórica Frente ao Princípio da Estrita Legalidade e da Boa-fé**. Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 1998. p. 126.

⁵¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso...**, p. 91.

permanentes, mas a solução de questões de conjuntura. E a tendência, ao que parece, é o alargamento da competência normativa do governo⁵¹².

E como se dá a aplicação do princípio da legalidade às *políticas públicas*? As *políticas públicas* como instrumentos de ação do Estado para concretizar as suas finalidades estão, por evidente, submetidas ao princípio da legalidade, no sentido de que, tanto em relação aos meios, quanto aos fins, a inobservância do princípio da legalidade pode gerar a invalidação da *política pública*, por meio da declaração de nulidade dos atos que lhe dão substrato⁵¹³.

Não se pode descurar, outrossim, que, como os princípios constitucionais da Administração Pública explícitos: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência se aplicam a todas as atividades da Administração Pública, eles necessariamente funcionam como vetores axiológicos das políticas públicas.

Como, porém, todos eles derivam, em última análise, do princípio da legalidade, pois este se apresenta como o substrato para os demais, positivados, optou-se no trabalho pelo exame deste princípio em particular, o que, todavia, não implica na ausência de aplicabilidade direta dos princípios referidos às políticas públicas e aos atos administrativos que lhes dão sustentabilidade.

CAPÍTULO II

AS LIMITAÇÕES À REALIZAÇÃO DAS *POLÍTICAS PÚBLICAS*: A ESCASSEZ

⁵¹² Cf. TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Controle Judicial da Regulamentação de Políticas públicas. In: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional** (Anais do IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional). v. 3. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003.

⁵¹³ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. **O Controle...**

DE RECURSOS E A RESERVA DO POSSÍVEL.

A expansão dos serviços de saúde, educação, seguridade social etc. contribui diretamente para a qualidade da vida e seu florescimento. Há evidências até de que, mesmo com renda relativamente baixa, um país que garante serviços de saúde e educação a todos pode efetivamente obter resultados notáveis de duração e qualidade de vida de toda a população.⁵¹⁴

Para que se possa compreender adequadamente o mecanismo de atuação do Estado por meio das *políticas públicas* é imprescindível o exame dos elementos que afetam a sua realização. Com essa perspectiva, é que se delineou o presente capítulo, que busca analisar a questão da escassez dos recursos econômicos necessários para o custeamento das políticas cometidas ao Estado Constitucional.

É de notória ciência que o planejamento, a implementação e o controle das *políticas públicas* levadas a efeito pelo Estado dependem, inequivocamente, da disponibilização de recursos públicos.

Entretanto, com a divulgação do discurso de que há cada vez maior escassez das quantias públicas necessárias para o custeamento dos Direitos Fundamentais sociais que deveriam ser protegidos ou promovidos por meio de *políticas públicas*, eles acabam, muitas vezes, não sendo efetivados.

Em face disso, surge o seguinte questionamento: Poderia o Direito oferecer respostas seguras para essas situações, no sentido de apontar uma solução adequada para o que e a quem o Estado deve atender ou não, sendo o Direito Fundamental universalmente assegurado, num cenário de ausência de meios econômicos do Estado para a satisfação de todos? ⁵¹⁵

⁵¹⁴ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. 3ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 170-1.

⁵¹⁵ BIGOLIN, Giovanni. **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: 22 abr. 2006.

Para que se possa dar uma resposta adequada a essa pergunta e compreender de modo percuciente a reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*), sob o argumento de limitação à realização das *políticas públicas* voltadas à salvaguarda de Direitos Fundamentais, sociais, econômicos e culturais, é necessária a compreensão do contexto social, político e jurídico de seu surgimento,⁵¹⁶ como adiante se expendirá.

A teoria da reserva do possível se situa no mesmo momento histórico em que há o surgimento da teoria dos Custos dos Direitos⁵¹⁷, com base em estudos levados a efeito em Universidades Norte-americanas a partir da década de 1970, defendendo a necessidade de se levar em conta o valor econômico que a realização de determinado direito poderia ocasionar⁵¹⁸.

Essencialmente, ela vem à tona num ambiente no qual funciona como argumento freqüente em processos judiciais envolvendo a cobrança, por cidadãos, de prestações relacionadas à eficácia dos Direitos Fundamentais sociais e, igualmente, acompanhada da tentativa de se adequar às pretensões sociais com as reservas orçamentárias, assim como a disponibilidade de recursos dos cofres públicos para a efetivação das despesas.

A idéia de reserva do possível, como elemento de limitação à ação estatal, surgiu na Alemanha, tendo sido acolhida pela Corte Constitucional germânica na década de 1970. O primeiro caso narrado pela doutrina é o relativo ao direito de acesso às vagas das universidades alemãs, em que o elevado Tribunal considerou que as prestações que o cidadão poderia exigir do Estado estão

⁵¹⁶ Em relação aos direitos de liberdade, tem-se que, em geral, como seu custo não é tão elevado, o Estado consegue garanti-los sem que se sobrecarregue. Do contrário, com relação aos direitos sociais, verifica-se que necessitam de uma verba estatal razoável o que levou à criação da referida construção dogmática da reserva do possível objetivando ressaltar que os direitos sociais só existirão “quando e enquanto” existir recursos públicos. In: CANOTILHO: J. J. Gomes. **Direito...**, p. 451. Cf. também BOROWSKI, Martin. *Op. cit.*, p. 110 e ss.

⁵¹⁷ Cf. GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003

⁵¹⁸ Cf. POSNER, Richard A. **Teorias de Regulação Econômica**. In: **Regulação Econômica e Democracia: O Debate Norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 49 e seguintes.

condicionadas aos limites do razoável.

A Corte alemã, nesse contexto, passou a entender que os direitos sociais de prestação positiva somente seriam exigíveis do Estado segundo os limites da possibilidade, isto é, “daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade”⁵¹⁹, correspondente, ao menos, ao “direito mínimo de existência”.⁵²⁰

Os direitos compreendidos como integrantes desse mínimo existencial acabam, a partir dessa posição da Corte, por aferir aos indivíduos um direito subjetivo⁵²¹ contra o Poder Público no que tange aos serviços sociais que asseverem a dignidade da pessoa humana ⁵²², sendo que “a violação no núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a

⁵¹⁹ In: BVerfGE, n. 33, s. 333 apud KRELL, Andreas Joachim. *Op. cit.*, p.52.

⁵²⁰ Conforme Ingo Wolfgang Sarlet “foi justamente neste contexto que a doutrina e jurisprudência alemãs desenvolveram, a partir de uma exegese criativa calcada na interligação entre o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I), do direito à vida (art. 2º, inc. I) e do princípio do Estado Social (art. 20, inc. I), um direito fundamental não escrito à garantia das condições materiais mínimas para uma existência digna. Somente isto já poderia servir de limite para uma legislação restritiva e, principalmente, demolitória do sistema de prestações sociais vigente, no sentido de que em qualquer hipótese jamais poderá o legislador agredir o núcleo essencial deste direito fundamental não escrito (ou implícito). Cumpre averbar, de outra parte, que a função social da garantia de uma existência digna já vem sendo concretizada, na Alemanha, há cerca de trinta e sete anos, no âmbito da legislação social infraConstitucional. Todavia, há que levar em consideração o fato de que na doutrina - muito embora não sem divergências - sustenta-se a opinião de que a assistência social prestada para uma garantia das condições mínimas existenciais não se limita ao mínimo no sentido econômico, alcançando também um mínimo na acepção sócio-cultural, ainda que a determinação do valor da prestação assecuratória deste mínimo existencial não tenha sido consensualmente obtida, não se podendo falar, até o presente momento, de uma solução uniforme no que diz com este aspecto”. SARLET, Ingo Wolfgang. **O Estado Social de Direito, A Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade**. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_23/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf Acesso em: 03 jun. 2006.

⁵²¹ Esclarece Jorge Reis Novaes que os direitos público subjetivos não coincidem, exatamente, com os Direitos Fundamentais, isso porque os direitos públicos subjetivos abrangem, para além dos Direitos Fundamentais, direitos que relevam do Direito Administrativo, do Direito fiscal ou do Direito Processual e incluem tanto direitos dos particulares como direitos de entidades públicas. In: NOVAES, Jorge Reis. *Op. cit.*, p. 77.

⁵²² KRELL, Andreas Joachim. *Op. cit.*, p.62. Conforme assevera Martin Borowski dos ponto de vista dos Direitos Fundamentais prestacionais enquanto posições mínimas definitivas, não é compatível com qualquer tipo de ponderação. “El problema es que cuando se trata de averiguar en qué medida los derechos fundamentales de prestassem pueden ser deriados de la literalidad de una Constitución que funda un Estado Constitucional democrático, solo se cuenta con las disposiciones que los tipifican, que por general carecen de formas bien definidas y son bastante lapidarias (...) Las disposiciones que los tipifican son casi siempre demasiado indeterminadas como para poder aplicarlas sin recurrir a la ponderación. In: BOROWSKI, Martin. *Op. cit.*, p. 153. Contudo no direito brasileiro, tal afirmação deve ser amplamente refletida, uma vez que alguns dos mandamentos constitucionais são cristalinos em atribuir determinadas tarefas ao Administrador Público. O que talvez seja de mais árdua tarefa seja conceituar o que venha a ser o mínimo existencial para que então seja aferida tal tarefa ao Estado brasileiro.

normas manifestamente aniquiladoras da chamada ‘justiça social’.”⁵²³

Nesse particular há que se observar que os conceitos “transplantados” do Direito Comparado devem ser submetidos a um processo de adaptação conforme o modelo sócio-jurídico-econômico, requerendo, para tanto, um máximo de sensibilidade para harmonizar as teorias estrangeiras conforme as peculiaridades de cada contexto.⁵²⁴

Explanando, assim, sobre as teorias recepcionadas do direito estrangeiro, Vicente de Paulo Barreto afirma que a reserva do possível vem acompanhada de “três falácias” levadas a efeito pelo pensamento neoliberal com vistas a negar-se a possibilidade de exigibilidade dos Direitos Fundamentais⁵²⁵.

Segundo o autor, a primeira dessas falácias se subsume ao argumento de “os direitos sociais são direitos de segunda ordem”, isto é, não se encontram no momento fundador do Direito, como os direitos civis e políticos, de modo que servem apenas como instrumento subsidiário à efetivação destes últimos. Vicente de Paulo Barreto, entretanto, critica essa posição, porquanto os direitos sociais não se justificariam apenas para compensar as desigualdades sociais, pois correspondem a “núcleos integradores e legitimadores do bem comum, pois será através deles que se poderá garantir a segurança, a liberdade, a sustentação e a continuidade da sociedade humana”.⁵²⁶

⁵²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito...**, p. 327

⁵²⁴ KOKOTT, Juliane. From Reception and Transplantation to Convergence of Constitutional Models in the Age of Globalization – with special reference to the German Basic Law, in: STARK, Christian (Ed.) *Constitutionalism, Universalism and Democracy Law*. p. 78 apud KRELL, Andreas Joachim, *Obra citada*, p. 54. Em assim sendo é de se notar que as realidades entre os modelos alemão e brasileiro são completamente diversos – uma vez que para o caso concreto utilizado no modelo germânico foi o direito à vaga universitária enquanto no direito brasileiro acaba sendo utilizada em situações mais extremas, como por exemplo no direito à vida. Neste tocante, a teoria da reserva do possível, em que pese sua possibilidade de aplicação, deve ser empregada com ressalvas, ou seja, desde que não reduzam o texto Constitucional a uma mera carta de recomendações, nos casos em que este, de forma cristalina impõe ao Estado de forma cogente alguns deveres.

⁵²⁵ BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os Direitos Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.) **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 118.

⁵²⁶ BARRETO, Vicente de Paulo. *Id.* p. 119.

A segunda falácia política levada a efeito pelos autores neoliberais relaciona-se ao argumento de que os Direitos Fundamentais sociais têm a sua exigibilidade condicionada ao vigor econômico estatal. Para o fim de desmontá-la essa falácia, explica o autor que a existência de recursos públicos disponíveis para a efetivação destes direitos depende de escolhas políticas, que definirão a destinação dos recursos por meio de *políticas públicas* necessárias à concretização destes direitos. Desse modo, o argumento da necessidade de uma economia forte não é subsistente, pois bastaria “vontade política” para destinar os recursos necessários.⁵²⁷

A terceira falácia relaciona-se, mais propriamente, ao argumento da reserva do possível, que segundo o autor, de modo idêntico, pode ser rebatida, pois ela busca vincular a efetivação dos direitos sociais à existência de recursos, ignorando que os custos são inerentes para a concretização de todos os direitos, inclusive os civis e políticos, de modo que o estabelecimento de uma relação de continuidade entre a escassez de recursos e a afirmação de direitos acaba resultando em ameaça à existência de todos os direitos.⁵²⁸

A reserva do possível, porém, contempla outros caracteres. Com efeito, tal expressão recebe os mais diversos tratamentos pela doutrina. Ainda que exista um consenso mínimo sobre o seu conteúdo, relacionado à existência de limites

⁵²⁷ BARRETO, Vicente de Paulo. *Id.* p. 120.

⁵²⁸ BARRETO, Vicente de Paulo. *Idem Ibid.* Sobre o tema, ainda, é de se ressaltar a ADPF 45/04, a qual em que pese ter pedido o objeto por conta da alteração da lei orçamentária respectiva foi um marco no que tange ao tema, uma vez que o Min. Celso de Mello ao se posicionar sobre os mandamentos constitucionais que determinam um mínimo de recursos a serem aplicados no sistema educacional. Assim o Min. Ao analisar o caso concreto impossibilitou que a teoria da reserva do possível enquanto respaldo para desobrigar o município na prestação da “educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental (...) Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles *inclidem* em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura Constitucional.” In: ADPF 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello Julgamento: 22/11/2005 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação: dj 03-02-2006 Agte: Município De Santo André Agdo.(a/s) : Ministério Público do Estado de São Paulo.

presentes na realidade dos fatos que condicionam a aplicação do Direito, não existe acordo no que se refere a sua natureza e também quanto ao significado da sua atuação na aplicação das normas constitucionais.

Assim, o que se insurge neste aspecto é justamente a quem conferir legitimidade para a determinação do que é “o possível” no que tange às prestações sociais a partir dos orçamentos nos diferentes órgãos federativos.⁵²⁹

Para alguns autores a reserva do possível configura limite imanente dos Direitos Fundamentais sociais, para outros ela acaba por configurar um limite externo. Nessa linha, o entendimento de que a reserva do possível se configura como um elemento externo pode propiciar uma maior eficácia aos Direitos Fundamentais sociais.

E isso porque a reserva do possível não é uma espécie normativa, uma vez que ela não determina um estado de coisas a ser atingido, tampouco é um mandado de otimização. Ainda que se possa ponderar a reserva do possível com outros elementos, esta possibilidade não se apresenta como um critério suficiente para a sua identificação como princípio. Na verdade, o que se pondera não é a reserva do possível propriamente dita, mas a escassez de recursos que ela representaria.⁵³⁰

A reserva do possível se apresenta, pois, como uma condição de realidade, ou seja, como um elemento do mundo dos fatos que influencia a aplicação do Direito.

O seu fundamento, portanto, reside na discussão acerca da possibilidade ou não da Administração Pública custear a promoção de direitos sociais. Para

⁵²⁹ KRELL, Andreas Joachim. *Op. cit.*, p. 53.

⁵³⁰ Conforme assinala Marcos Maselli Gouvêa “o óbice representado pela reserva do possível justamente, em países como o Brasil, onde a maioria da população, carente, seria destinatária por excelência dos direitos prestacionais. É nos países pobres que a questão da alocação de recursos traduz-se efetivamente, numa escolha dramática, em que deliberar a realização de uma determinada despesa, contemplando certo projeto, importa reduzir ou suprimir os recursos necessários para outra atividade”. In: GOUVÊA, Marcos Maselli. **O Controle Judicial das Omissões Administrativas: novas perspectivas de implementação de direitos prestacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 20.

que se possa compreender, enfim, se a reserva do possível pode ou não ser objeto de argumentação, no sentido de justificar a ausência de prestações positivas relacionadas à promoção dos Direitos Fundamentais, impõe-se o exame da diferença entre a inexistência de recursos públicos aptos a custear as *políticas públicas* e a alocação indevida de recursos públicas face às prioridades Constitucionalmente estabelecidas.

2.1. A Diferença Entre Inexistência e Escolha Alocativa de Recursos.

A reserva do possível implica a necessidade de se averiguar a existência dos recursos necessários à efetivação de um determinado direito fundamental, quando da demanda por sua exigibilidade.

Precisamente em atenção a essa questão, o constituinte se ocupou de inserir no texto constitucional determinadas normas que estipulassem uma obrigação clara e inequívoca de destinação dos recursos auferidos pelo Estado para a realização das *políticas públicas*, destinadas à efetivação dos Direitos Fundamentais nela previstas, como é possível se verificar nos artigos 195, 204, 212 da CF/88 e nos artigos 55 e 60 do ADCT.⁵³¹

Denota-se, logo, a preocupação do constituinte com a viabilidade econômica dos Direitos Fundamentais sociais previstos pela Constituição.

Ainda que não caiba ao Poder Judiciário interferir no âmbito político, a

⁵³¹ CF/88: Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais; Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes; Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. ADCT: Art. 55. Até que seja aprovada a lei de diretrizes orçamentárias, trinta por cento, no mínimo, do orçamento da seguridade social, excluído o seguro-desemprego, serão destinados ao setor de saúde. Art. 60. Nos dez primeiros anos da promulgação desta Emenda, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão não menos de sessenta por cento dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal, à manutenção e ao desenvolvimento do ensino fundamental, com o objetivo de assegurar a universalização de seu atendimento e a remuneração condigna do magistério.

Constituição deve estabelecer os fins a que o Estado deve se vincular. Igualmente ela determina, com certo grau de precisão, os meios para essa vinculação, de modo que os gestores públicos não estão autorizados e se desvincular dessa determinação.⁵³²

A obtenção de recursos públicos foi regulada à amplitude pela Constituição, estabelecendo inclusive os limites ao poder de tributar. Ao fazer isso para as receitas, igualmente se pode dizer que o mesmo se dá para as despesas. Além dos limites formais relacionados à quantia destinada na previsão orçamentária para a realização dos dispêndios públicos, a Constituição determina limites materiais, correspondentes à necessidade de se destinar recursos públicos para os objetivos e prioridades estipulados na Carta Constitucional.⁵³³

Nessas condições, antes de se falar na inexistência de recursos para o atendimento dos Direitos Fundamentais sociais, há que se perquirir se a função orçamentária do Estado se encontra em conformidade com as normas constitucionais.

É relativamente ao cumprimento da função orçamentária pelo Estado que as teorias dos Custos dos Direitos e o seu corolário da Reserva do Possível se apresenta de forma mais evidente. A partir dos postulados neoliberais que vêm no bojo das teorias relacionadas aos Custos dos Direitos, é dado grande relevo ao aspecto econômico, que acaba obtendo maior prevalência sobre o jurídico, de

⁵³² As políticas públicas caracterizam-se como uma escolha, e, portanto, adquirem um viés político, que a princípio pode gerar um falso juízo de discricionariedade. Nesse diapasão, existe uma limitação no que tange a essas escolhas. Conforme assinala Jozélia Broliani a limitação se dá tanto pelas normas constitucionais (incluindo-se aqui tanto em nível federal como estadual), quanto pelas leis orgânicas municipais, Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei de Licitações, dentre outras. In: BROLIANI, Jozélia Nogueira. O controle judicial nas omissões no planejamento financeiro. **A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 5, n. 21, p. 119-134, jul./set. 2005. p. 122.

⁵³³ Nesse tocante, uma vez que as políticas públicas envolvem gastos, e, partindo-se do pressuposto de que há uma limitação nos recursos, forçoso priorizar quais serão as destinações do dinheiro público, destacando-se aqui a influência das imposições constitucionais quanto aos fins a serem pretendidos. Por conseguinte resta observar no tocante à escolha dos dispêndios públicos que não se presta a um tema reservado à deliberação política por um todo, mas sim uma forte influência dos mandamentos constitucionais. In: BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo...**, p. 90-91.

modo que as prioridades constitucionais são deixadas de lado em prol de questões econômicas, como o pagamento de juros e taxas a instituições internacionais, em detrimento da realização de políticas essenciais.

É sob este horizonte que a reserva do possível acabou surgindo como um elemento retórico de grande força no sentido de extrair a eficácia dos Direitos Fundamentais a prestações positivas, haja vista que, segundo argumentam os teóricos do neoliberalismo, ainda que existisse vontade política, nada poderia ser feito, em face da escassez de recursos.

Há que se refutar esse argumento sob a perspectiva de que esses recursos nunca foram escassos para outros fins, de modo que a própria escassez deve ser objeto de investigação, ou se trata-se apenas de uma alocação indevida destes recursos.

Verificando-se que há a destinação de recursos em prol de um determinado fim, invariavelmente vai ocorrer escassez a outras finalidades, pelo que alguns autores passam a falar em escolhas políticas, cujos escopos acabam sendo dissimulados sob argumentos que acabam tendo uma índole jurídica, como a reserva do possível.

Logo, existe a necessidade de se diferenciar o que não é possível porque, comprovadamente, não existem meios suficientes, mesmo após o atendimento de normas constitucionais que determinam alocação de recursos e o que não é possível, porque os meios suficientes foram alocados⁵³⁴ para outras prioridades.

Ocorre que a própria Constituição oferece parâmetros a serem respeitados, consoante os dispositivos antes citados. Qualquer escolha alocativa de recursos deve respeitar os padrões mínimos fixados pela Constituição, assim como o rol de prioridades por ela estabelecido. E, ao obedecer aos parâmetros fixados pela Constituição, não se trata da ocorrência da subsunção do político ao jurídico,

⁵³⁴ Nesse contexto Andréas Joachim KRELL sustenta no que se refere à prestação de serviços que “o dilema do nível baixo de qualidade dos mesmos parece estar concentrado na não-alocação de recursos suficientes nos orçamentos públicos, seja da União, dos Estados ou dos municípios (...)” KRELL, Andréas Joachim, *Op. cit.*, p. 99.

mas do condicionamento das decisões políticas aos valores estabelecidos pela própria Constituição.

Há, ainda, uma dimensão que não pode ser deixada de lado. Como brevemente explicitado acima na citação de Vicente de Paulo Barreto, não apenas os direitos sociais implicam em custos para o Estado realizá-los. Como demonstraram os autores norte-americanos Cass Sunstein e Stephen Holmes, os direitos civis e políticos, que exigem uma abstenção do Estado e dos particulares, ou seja, a não intervenção na esfera de autonomia e de liberdade dos indivíduos, dependem de uma onerosa estrutura estatal para serem efetivados⁵³⁵.

Na medida, portanto, em que todos os Direitos Fundamentais dependam de recursos financeiros para serem efetivados, a questão da alocação de recursos, ou seja, a definição de que bens jurídicos serão prioritariamente promovidos, mostra-se relevante. E, assim, impõe-se distinguir um argumento relacionado com a inexistência de recursos necessários à concretização de um dever constitucional, em relação à alocação de recursos procedida contrariamente às disposições constitucionais.

2.2. O Controle Judicial das *Políticas públicas*.

O argumento da reserva do possível teve o seu surgimento relacionado ao papel do Poder Judiciário no exame das demandas postas a ele sob o fundamento da exigência de que o Estado efetuassem prestações positivas. O controle judicial das *políticas públicas*⁵³⁶ surge, deste modo, da ineficácia do

⁵³⁵ Cf. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends On Taxes**. New York: W.W. Norton & Company Inc., 1999.

⁵³⁶ “É polêmica na doutrina e jurisprudência a questão sobre a judiciabilidade das políticas públicas. Há, pelo menos, três correntes que discorrem acerca do controle judicial em torno das políticas públicas: I) a dos que entendem que o Poder Judiciário possui competência para intervir em políticas públicas sempre que estiver em xeque a efetividade de Direitos Fundamentais, com maior fundamento na aplicabilidade imediata de tais direitos - artigo 5.o, parágrafo 1.o, da Constituição Federal; II) a dos que não admitem a referida intervenção, uma vez que as políticas públicas seriam assunto pertinente ao Poder Legislativo e Executivo, cujos agentes estariam legitimados pelo voto popular a realizar o juízo sobre a necessidade e possibilidade de sua

Estado em realizar as *políticas públicas* conforme as determinações constitucionais, seja em razão da limitação decisória decorrente dos mecanismos tradicionais de representação do Estado, seja pela rediscussão do papel de intervenção do Estado na Sociedade, que se reduz em vista da realocação de recursos consoante as determinações de mercado.

No Estado Constitucional, diferentemente do modelo anterior, a título de controlar a execução de uma *política pública*, é dado ao judiciário⁵³⁷ não apenas anular os atos administrativos praticados, como alterar o seu conteúdo, por meio de uma atividade substitutiva, promovendo medidas de cunho prático a partir dos direitos previstos de modo genérico na Constituição. A intervenção judicial deixa, portanto, de ter um cunho exclusivamente invalidatório para assumir uma função substitutiva, pelo que se fala em atividade administrativa do Poder Judiciário.⁵³⁸

Entretanto, o controle judicial das atividades dos outros Poderes é exercido pelo Judiciário, principalmente, com base nos princípios e normas da Constituição, que são genéricos e muitas vezes utilizam conceitos juridicamente indeterminados. Portanto, podem ser "atualizados" por simples interpretação *construtivista* (criadora) do juiz, não havendo perigo real de "engessamento" da Administração Pública. Por isso, é importante que não existam normas constitucionais excessivamente específicas, pois não é a especificidade que

implementação, em respeito ao princípio da independência dos Poderes - artigo 2.º da Constituição Federal; e III) a dos que creem ser possível a intervenção judicial para garantir a integridade e intangibilidade do núcleo consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais a própria sobrevivência do indivíduo, em observância ao núcleo essencial dos Direitos Fundamentais a prestações e ao princípio da vedação ou proibição do retrocesso social, estando condicionada, contudo, a reserva do possível, isto é, a capacidade econômico-financeira do Estado para a sua imediata implementação". In: GASTALDI [Suzana](#). **A implantação de políticas públicas como objeto juridicamente possível da ação civil pública**. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/revista/coluna.jsp?idColuna=124>. Acesso em: 01 jun. 2006.

⁵³⁷ Conforme Sérgio Cruz Arenhart "em tudo isso se vê a mão do juiz a participar, de forma mais efetiva, da gestão da coisa pública, influenciando diretamente na adoção e realização de políticas públicas. Esta influência, com efeito, já é sentida na prática, sendo constantes ações civis públicas que visam à implementação de certos direitos constitucionais ou que objetivam impedir o Estado de realizar algo de seu interesse. A grande questão a ser enfrentada diz com os limites a estas possibilidades. Até que medida pode o juiz interferir em uma política pública, sobrepondo sua decisão (judicial) àquelas outras (políticas) ditadas por representantes do Executivo e do Legislativo. Qual o limite para que uma decisão fundada em critérios objetivos (legais), mais ou menos precisos, possa afastar as conveniências políticas daqueles que (ao menos em princípio) foram eleitos para decidir os rumos do Estado brasileiro?" In: ARENHART, Sergio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>. Acesso em: 01 jul. 2006.

⁵³⁸ Para análise das políticas públicas pelo julgador, deverão ser observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade os quais norteiam o magistrado na interferência, ou não, daquele ato discricionário que previu uma política pública. In: BROLIANI, Jozélia Nogueira. *Op. cit.*, p. 132.

garante a realização da finalidade legal, mas o tipo e a eficácia do controle da execução da lei, seja esta genérica ou específica. Essa interpretação *construtivista* permite que se *preserve-mudando*, pelo que favorece a formação gradual de uma cultura política. Pois, auxilia na criação pelos cidadãos de consciência dos seus direitos em sentido mais amplo, a começar pela consciência de seus papéis específicos no *momento comunicativo* do processo, enquanto consumidor, contribuinte e outros.⁵³⁹

Contudo, assinala José Joaquim Gomes Canotilho que, sob pena de invasão na esfera do Poder Executivo pelo Judiciário, “para atenuar esta desoladora conclusão adianta-se, por vezes, que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais reconduz à garantia do mínimo social que resulta do dever indeclinável dos Poderes Públicos de garantir a dignidade da pessoa humana e não de qualquer densificação jurídico-Constitucional de direitos sociais”.⁵⁴⁰

Desse modo, conforme destaca Marília Lourido dos Santos o constrangimento que representa a interferência de um Poder em outro “deve ser o mínimo necessário para assegurar aquele ideal de justiça”⁵⁴¹, consoante será explicitado no tópico adiante.

2.3. O Princípio da Separação de Poderes.

⁵³⁹ Cf. SANTOS, Marília Lourido dos. **Políticas...** Complementando apesar dos tribunais portugueses não funcionarem como órgão de conformação social ativa J. J. Gomes Canotilho ao citar alguns julgados que o controle judicial está subordinado à intervenção legislativa conformadora e concretizadora, para que seja passível de eficácia e exequibilidade, partindo-se, portando, da premissa de que os direitos sociais devem ser analisados segundo os critérios de oportunidade técnico-financeira e política. Assim, controla-se se a “actuação legislativa socialmente densificadora de direitos sociais” relaciona-se a critérios de realização gradual, e, também, a partir de um controle de razoabilidade pautado no princípio da igualdade. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito...**, p. 484.

⁵⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito...**, p. 451.

⁵⁴¹ Ainda a mesma autora aborda que “conceder ao Judiciário o poder de decidir sobre esse ideal (esses Direitos Fundamentais) não significa que os juizes representem melhor os interesses dos cidadãos que os parlamentares ou o Chefe do Executivo, que, aliás, são eleitos. Pois, os juizes também podem ser tiranos e arbitrários tanto quanto os titulares de cargos eletivos. Destarte, o controle judicial das políticas públicas representa apenas mais uma instância de controle, o que significa mais controle, qualitativa e quantitativamente, pois é um reforço apenas”. In: SANTOS, Marília Lourido dos. **Políticas...**

De acordo com a tradicional teoria da separação de poderes cunhada por Montesquieu, considerar-se-ia o Poder Judiciário inadequado para planejar, implementar, ou ainda, para dispor sobre as *políticas públicas*.⁵⁴²

Qualquer ação desta espécie poderia gerar uma invasão na esfera do outro poder, de modo a extrapolar os mecanismos de freios e contrapesos e, por conseguinte, poderia ser classificada como extrajurídica.

Em que pese isso, não se pode olvidar que, ainda que a Separação dos Poderes seja um princípio fundamental do Estado de Direito e, igualmente, do Estado Constitucional, ela deve ser observada a partir do quadro histórico contemporâneo, em que as funções exercidas pelos três poderes apresentam cada vez maior similitude e, não raro, apresentam-se sobrepostas. Além disso, os três poderes têm por função primordial a observância das disposições constitucionais, as quais, como explicitado no título um do trabalho, apresentam idêntica e plena normatividade. Acerca da necessidade de vinculação à Constituição, independentemente da função típica de cada poder, com destaque ao papel do Judiciário, determinando o cumprimento da Carta Constitucional pelos outros poderes, manifesta-se Sérgio Cruz Arenhart:

Valendo-se, o mais possível, de critérios objetivos – pautados nas determinações constitucionais a respeito – não estará o juiz usurpando a atribuição de qualquer representante de outra Função do Estado; não estará agindo como legislador, já que sua preocupação não é a de criar a *política pública*, mas apenas a de exprimir a vontade da lei (do Direito) em relação à condução dela pelo Estado; também não se estará colocando no papel de agente do Executivo, especialmente porque sua função se limitará a indicar a direção a ser trilhada pelo Estado, sem considerar o *modus operandi* da medida. Por outro lado, não importará que o magistrado não goze – como os membros do Legislativo e do Executivo – da legitimidade pelo voto para efetivar estas escolhas políticas. É que, embora sua legitimação não decorra do voto popular, ela advém do processo em que a decisão é formada. Porque a decisão judicial nasce do contraditório entre os interessados e assenta-se na possibilidade de diálogo anterior entre os que, possivelmente, serão atingidos pela atuação jurisdicional, seu conteúdo deve gozar da mesma legitimação a que faz jus o ato político emanado do Legislativo ou do Executivo.⁵⁴³

Nesse passo, postulando por uma revisão da divisão tripartite de funções autônomas entre os poderes, argumenta Andreas Joachim Krell que “na medida

⁵⁴² KRELL, Andreas Joachim. *Op. cit.*, p. 85.

⁵⁴³ ARENHART, Sergio Cruz. *Op. cit.*

em que as leis deixam de ser vistas como programas condicionais e assumem a forma de programas finalísticos, o esquema clássico de divisão de poderes perde a sua atualidade”.⁵⁴⁴ Com efeito, a revisão do papel dos Poderes Públicos, em especial do Judiciário, com vistas a garantir a plena eficácia das normas constitucionais é um imperativo do Estado Constitucional.⁵⁴⁵

A partir da tríade de ações que integram as *políticas públicas* (planejar – implementar – dispor) há que se ponderar as situações diversas passíveis de controle judicial.

A primeira delas restringe-se à análise do magistrado no que tange ao papel de mera subsunção do fato à norma, ou seja, a partir de um ato normativo pré-existente que assegure determinado direito ao indivíduo, este busca, perante o Poder Judiciário, tutela relativa à obtenção do direito, caracterizando-se a implementação da *política pública*.

Nessa primeira situação hipotética, não há margem de discricionariedade e, tampouco, a ocorrência de uma possível intervenção indevida do Poder Judiciário, uma vez que ele só está atribuindo cumprimento àquilo que os outros poderes,

⁵⁴⁴ KRELL, Andreas Joachim. *Op. cit.*, p. 90. Complementando Fabio Konder Comparato destaca que “o importante a assinalar é que, na estrutura do Estado Dirigente, a lei perde a sua majestade de expressão por excelência da soberania popular, para se tornar mero instrumento de governo. A grande maioria das leis insere-se hoje, nos quadros de políticas governamentais e tem por função não mais a declaração de direitos e deveres em situações jurídicas permanentes, mas a solução de questões de conjuntura (Massnahmegesetze), ou então o direcionamento, por meio de incentivos ou desincentivos das atividades privadas, sobretudo no âmbito empresarial (Lenkungsgesetze), ou ainda a regulação de procedimentos no campo administrativo (Steuerungsgesetze). A tendência geral, de resto, em todos os países, vai no sentido do alargamento da competência normativa do governo, não só na instância central, mediante decretos-leis ou medidas provisórias, mas também no plano inferior das chamadas organizações administrativas autônomas, de que são modelo consagrado as independent regulatory commissions dos Estados Unidos”. In: COMPARATO, Fábio Konder. [Ensaio sobre o juízo de Constitucionalidade de políticas públicas](http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rii/Pdf/pdf_138/r138-04.pdf). Disponível em: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rii/Pdf/pdf_138/r138-04.pdf. Acesso em: 08 jun. 2006.

⁵⁴⁵ “O poder judiciário vive, desde o século XX, uma fase de constante aumento nas demandas, quantitativo e qualitativo, provocado pela litigiosidade resultante das transformações ocorridas na sociedade, no Estado e no Direito. Instalou-se um crise no poder judiciário, tendo de um lado os “conservadores” que pregam a limitação da função jurisdicional, na tese defendida desde o século XIX, e os “progressistas” que defendem a idéia de que o Poder Judiciário tem o mesmo peso, importância e competência dos demais poderes, devendo controlar tanto o legislador quanto o administrador, em igualdade de condições e de funções.” In: BROLIANI, Jozélia Nogueira. *Op. cit.*, p. 128.

em especial o Poder Legislativo, por meio da edição da norma, já haviam anteriormente assegurado.

Contudo, outro questionamento se refere à análise de casos em que existe um preceito Constitucional genérico sem que se determine o direito assegurado ao cidadão, por meio de norma infraconstitucional.

Nesse caso, o debate se apresenta, uma vez que há uma diversidade de posições acerca de qual seria o papel do Judiciário para a salvaguarda do disposto na Constituição, sem interferir na atuação adequada dos outros poderes.

Acerca dessa situação fática, deve-se levar em conta que é próprio da natureza do Poder Judiciário a interferência no exercício das atividades dos demais poderes estatais, na condição de Poder com a atribuição de verificar a compatibilidade das atividades destes poderes com a Constituição Federal. Ademais quando o artigo 5º, inciso XXXV, do texto Constitucional prevê que *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”* acaba fornecendo respaldo ao Judiciário para analisar as questões que, inclusive, sejam afetas aos demais poderes.⁵⁴⁶

A passagem da nomocracia liberal ao Estado telocrático contemporâneo liberal contemporâneo tornou indispensável um reexame da classificação tradicional dos Poderes Estatais. Classicamente, ela se funda da supremacia incontestável da lei, sobre todas as demais manifestações da atividade estatal. Por isso mesmo, no modelo Constitucional clássico, o Poder Supremo é o sempre o Legislativo, ao qual compete, em sua qualidade de representante por excelência do povo, a tarefa solene de dar expressão legal à soberania popular. Aos demais poderes – o Executivo propriamente dito, na parte administrativa, e o Judiciário, em caso de conflito de interesses, cabe a mera execução das normas legais, sem nenhuma iniciativa ou impulso próprio. O Constitucionalismo liberal consagrou em cheio esse paradigma de Estado legislativo. Quando, porém, a legitimidade

⁵⁴⁶ Nesse sentido o STF já julgou que "(...) O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes. Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribuiu-se, ao Poder Judiciário, a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, inclusive aqueles praticados por Comissão Parlamentar de Inquérito, quando incidir em abuso de poder ou em desvios inconstitucionais, no desempenho de sua competência investigatória. Nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição. No regime político que consagra o Estado democrático de direito, os atos emanados de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, quando praticados com desrespeito à Lei Fundamental, submetem-se ao controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV)." STF, Rel. Min. Celso de Mello, MS nº 23.452/RJ, Pleno, DJ de 12.05.2000, p. 20.

do Estado passa a fundar-se, não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem alcançadas programadamente, o critério classificatório das funções, e, portanto, dos Poderes estatais só pode ser o das *políticas públicas* ou programas de ação governamental. E aí, falta de uma conseqüente reorganização Constitucional de Poderes, a qual de preeminência à função planejadora, que ordena estrategicamente as múltiplas atividades estatais, é ao Governo, impropriamente chamado agora Poder Executivo, que incumbe o papel hegemônico.⁵⁴⁷

Nessa linha, a intervenção do Judiciário não deve ser tida como uma “invasão” na atividade legislativa ou administrativa do Estado. A intervenção do judiciário se mostra compatível com a democracia, desde que sejam observados os mecanismos de comunicação entre a instância judicial e a sociedade, por meio dos espaços públicos que permitam o exercício da democracia participativa⁵⁴⁸.

2.4. O Controle Judicial nas Omissões no Orçamento sobre *Políticas públicas*.

Com a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal⁵⁴⁹, buscou-se assegurar que a Administração Pública efetuasse, além do controle burocrático-weberiano, também um controle gerencial, baseada no princípio da eficiência, no controle dos resultados e na descentralização do Poder, desde que por meio da participação dos cidadãos.

Além disso, buscava-se que a Administração Pública apresentasse novas e flexíveis formas de gestão, por meio da horizontalização das estruturas, da descentralização das funções e por intermédio do incentivo à criatividade⁵⁵⁰.

Segundo esse modelo, a Administração Pública gerencial passaria a exercer seu controle interno pela definição dos objetivos e de metas⁵⁵¹ de

⁵⁴⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.*, Ademais torna-se cada vez mais evidente que o obsoleto Princípio da Separação de Poderes (Montesquieu, séc. XVIII) atribui um efeito paralisante às reivindicações de cunho social cabendo-lhe uma nova leitura a fim de que sejam garantidos os Direitos Fundamentais em contraposição à arbitrariedade da omissão estatal. In: KRELL, Andreas Joachim. *Op. cit.*, p. 88.

⁵⁴⁸ APPIO, Eduardo. *Op. cit.*, p. 150.

⁵⁴⁹ Lei Complementar 101/2000.

⁵⁵⁰ Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, Presidência da República, 1995. p. 10.

⁵⁵¹ Com efeito, as metas são escolhas políticas e como tais são discricionárias, de regra,

resultados em todos os setores da administração, exigindo a confiança no administrador público e, nos agentes públicos, de que o resultado será atingido conforme o planejado.

O planejamento visando resultados induz a o aparelho administrativo a necessariamente, fixar e perseguir objetivos. Em assim sendo, são os resultados que determinam e regulam os meios a serem realizados pela atividade administrativa.⁵⁵²

Surgem, sobre isso, alguns questionamentos: seria possível a alteração ou determinação de *políticas públicas* pelo Poder Judiciário que estejam contidas ou não no orçamento, isto é, haveria legitimidade na determinação de imposições de despesas que não foram previstas em leis orçamentárias?⁵⁵³

Essa assertiva não é, desde logo, passível de resposta, uma vez que se parte do pressuposto de que os magistrados, em que pese não poderem definir *políticas públicas*, pois se trataria de função típica dos Poderes Executivos e Legislativos, quando chamados a decidir serão incumbidos de opinar quanto à sua realização, baseando-se na eficácia de normas e princípios constitucionais, com vistas ao atendimento das necessidades sociais.⁵⁵⁴

porque eleitas pelo administrador ao elaborar as leis orçamentárias. Contudo, existem algumas regras que estão dispostas pela Constituição como é o caso da educação e saúde, onde há percentuais definidos de investimentos estaduais e municipais. Mesmo nessas metas de investimentos em educação e saúde, o Administrador tem relativa liberdade para escolher ações, obras e despesas que vai realizar para atingir esses fins. In: BROLIANI, Jozélia Nogueira. *Op. cit.*, p. 121.

⁵⁵² Destarte, o controle, via de regra, concentra-se nas metas planejadas. Em assim sendo, são raras as vezes em que existe questionamento no que se refere às omissões no planejamento, os quais são intentadas pelo Parquet, através de controle externo social, por meio de Ação Civil Pública. No que se refere à resposta do Judiciário, tem-se que nem sempre aceita tais questionamentos, e quando o faz, raramente lhes confere efetividade no sentido de determinar ações concretas do Administrador omissos. In: BROLIANI, Jozélia Nogueira. *Op. cit.*, p. 123.

⁵⁵³ BROLIANI, Jozélia Nogueira. *Op. cit.*, p. 128.

⁵⁵⁴ A mesma autora cita julgados em que houve interferência do poder judiciário nas políticas públicas (TRF 4ª Região, AGA 200404010145703, 4ª Turma, Rel. Juiz Edgard Lipmann Jr, DJU 04.08.2004 no qual se determinou a duplicação de rodovia federal em Santa Catarina, “ante a responsabilidade do Estado sobre mortes e mutilações decorrentes de acidentes de trânsito na rodovia de competência da União); (TRF 4ª Região, AC 478166, processo 200204010006100, 3ª Turma, Rel. Juíza Marga Inge Barth Tessler, DJU 27.05.2003 em que “condenou em segunda instância a União a exigir na rotulagem de todas as bebidas alcoólicas a expressão “o álcool pode causar dependência e em excesso é prejudicial à saúde”, com base no Código do Consumidor) In: BROLIANI, Jozélia Nogueira. *Op. cit.*, p. 130.

O fato que os direitos sociais geralmente não são fruíveis ou exeqüíveis individualmente não quer dizer que juridicamente não possam, em determinadas circunstâncias, ser exigidos judicialmente como se exigem os demais direitos subjetivos. Uma solução para o problema da dedicação insuficiente de verbas públicas para a realização dos serviços sociais seria a contestação e o controle das leis orçamentárias do respectivo ente federativo, por ação direta de inconstitucionalidade (através do Ministério Público, artigo 102, I, CF), toda vez que contrariarem dispositivos constitucionais.⁵⁵⁵

Em face do expendido, sustenta o presente trabalho que, sobre a possibilidade de exame do Poder Judiciário sobre a conformação formal e substancial das *políticas públicas*, deve preponderar o raciocínio de que é possível a sua intervenção, a fim de determinar ações, despesas em que há flagrante desrespeito ao disposto na Constituição.

Em assim sendo, compartilha-se do entendimento de que cabe ao Poder Judiciário a adequação orçamentária atinente às *políticas públicas*.⁵⁵⁶ Sem embargo disso, a atuação do Poder Judiciário sobre o controle das *políticas*

⁵⁵⁵ KRELL, Andreas Joachim. *Op. cit.*, p. 102. O sistema brasileiro, contudo, consoante interpretação dos Tribunais Superiores não admite controle de Constitucionalidade de lei orçamentária uma vez que se trata de lei de efeito concreto. Nesse sentido cabe colacionar a Jurisprudência do STF: I. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: CABIMENTO: INEXISTÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE REFLEXA. (...) 2. O STF tem dado por inadmissível a ação direta contra disposições inseridas na Lei de Diretrizes Orçamentárias, porque reputadas normas individuais ou de efeitos concretos, que se esgotam com a propositura e a votação do orçamento fiscal (v.g., ADIn 2100, JOBIM, DJ 01.06.01). 3. A segunda norma questionada que condiciona a inclusão no orçamento fiscal da verba correspondente a precatórios pendentes à "manutenção da meta de resultado primário, fixada segundo a LDO" - constitui exemplo típico de norma individual ou de efeitos concretos, cujo objeto é a regulação de conduta única, posto que subjetivamente complexa: a elaboração do orçamento fiscal, na qual se exaure, o que inviabiliza no ponto a ação direta. 4. Diferentemente, configura norma geral, susceptível de controle abstrato de Constitucionalidade a primeira das regras contidas no dispositivo legal questionado, que institui comissão de representantes dos três Poderes e do Ministério Público, à qual confere a atribuição de proceder ao "criterioso levantamento" dos precatórios a parcelar conforme a EC 30/00, com vistas a "apurar o seu valor real": o procedimento de levantamento e apuração do valor real, que nela se ordena, não substantiva conduta única, mas sim conduta a ser desenvolvida em relação a cada um dos precatórios a que alude; por outro lado, a determinabilidade, em tese, desses precatórios, a partir dos limites temporais fixados, não subtrai da norma que a todos submete à comissão instituída e ao procedimento de revisão nele previsto a nota de generalidade. 5. Não obstante, é de conhecer-se integralmente da ação direta se a norma de caráter geral é subordinante da norma individual, que, sem a primeira, ficaria sem objeto. ADI-MC 2535 / MT - Mato Grosso. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento: 19/12/2001 Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: DJ 21-11-2003 PP-00007 EMENT VOL-02133-02 PP-0036

⁵⁵⁶ BROLIANI, Jozélia Nogueira. *Op. cit.*, p. 131. Complementando Andréas J. Krell adverte que o orçamento, enquanto instrumento de realização dos serviços sociais não só pode como deve ser alterado quando não atendidas os ditames constitucionais. Ademais afirma que "onde o processo político (Legislativo, Executivo) falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetos sociais nela implicados, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude mais ativa na realização desses fins sociais através da correção da prestação dos serviços básicos. KRELL, Andréas Joachim. *Op. cit.*, p. 99-101.

públicas deve ser levado a efeito a partir de determinados parâmetros, consoante será demonstrado no próximo capítulo.

CAPÍTULO III
DIRETRIZES E PARÂMETROS PARA O CONTROLE DAS POLÍTICAS
PÚBLICAS: HORIZONTES E PERSPECTIVAS
PARA O ESTADO CONSTITUCIONAL.

O cidadão, ao desfrutar de instrumentos jurídico-processuais possibilitadores de uma influência directa no exercício das decisões dos poderes públicos que afectam ou podem afectar os seus direitos, garante a si mesmo um espaço de real liberdade e de efectiva autodeterminação no desenvolvimento de sua personalidade.⁵⁵⁷

O presente e derradeiro capítulo da dissertação tem por finalidade indicar, a partir da recente doutrina do Direito Constitucional, algumas diretrizes e certos parâmetros no sentido de contribuir com aportes para o estabelecimento de uma dogmática jurídica das *políticas públicas*, com vistas ao controle do alcance das suas finalidades, através do estabelecimento da proibição da insuficiência no atendimento aos escopos constitucionais, assim como da vedação do

⁵⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição e Défice Procedimental**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra editora, 2004. p. 73.

retrocesso⁵⁵⁸ no que tange à efetivação dos Direitos Fundamentais, em especial dos direitos sociais, por meio de *políticas públicas*.

Para que possa ser atingido o objetivo traçado para o capítulo, impende-se examinar alguns elementos relativos à arrecadação de recursos estatais e o seu dispêndio, como será realizado a seguir.

Quando se fala em Direito Tributário, é de fácil reconhecimento que vários dos debates que ocorrem em sua esfera, originam-se na tentativa de contenção ao ímpeto arrecadador do Estado. Fato semelhante, porém, não ocorre sobre o Direito Financeiro e acerca das despesas públicas. Sabe-se que há desperdícios e ineficiência e que ocorrem, cotidianamente, escolhas e prioridades incompatíveis com os princípios constitucionais regentes da Administração Pública.

Tem-se ciência, igualmente, de que há precariedade de serviços indispensáveis à proteção e à promoção de Direitos Fundamentais sociais básicos, como a educação e a saúde, além de que é fácil a verificação da convivência coletiva dos órgãos de fiscalização e da população em geral com gastos elevados em rubricas como publicidade governamental e comunicação social, fatos estes que não se apresentam de modo isolado no quadro da Administração Pública brasileira.

Com vistas à superação dessa situação fática, que envolve a forma de dispêndio dos recursos públicos e com o objetivo da concretização de *políticas públicas* voltadas à promoção dos direitos sociais, é que se impõe a indicação de alguns elementos que possam contribuir para a construção de uma dogmática

⁵⁵⁸ “Diante da transição paradigmática que a sociedade contemporânea passa buscando a afirmação e a fundamentação dos direitos, o princípio da vedação de retrocesso dos direitos sociais é um corolário para o que o ser humano deve dar valor: a sua dignidade. É indissociável a idéia de que a Constituição foi criada para propiciar cidadãos dignos, garantindo-lhes a mínima proteção para que lhes seja assegurada uma vida boa, uma vida feliz. (...)O direito à proibição de retrocesso social consiste numa importante conquista civilizatória. O conteúdo impeditivo deste princípio torna possível breçar planos políticos que enfraqueçam os Direitos Fundamentais. Funciona até mesmo como forma de mensuração para o controle de Constitucionalidade em abstrato, favorecendo e fortalecendo o arcabouço de assistência social do Estado e as organizações envolvidas neste processo.” In: ALMEIDA, Dayse Coelho de. *Op. cit.*

jurídica, sólida e apta, a viabilizar o controle jurídico das *políticas públicas* no Brasil⁵⁵⁹ sem, porém, reduzir o espaço do político, essencial para a salvaguarda da democracia.

3.1. A Busca pelos Parâmetros de Controle das *Políticas públicas*.

Na presente seção, buscar-se-á delimitar as linhas gerais do controle das *políticas públicas*.

A respeito da identificação dos parâmetros que buscarão efetuar o controle, propriamente dito, das *políticas públicas*, é possível se sustentar que eles devem se tratar de mecanismos jurídicos hábeis a determinar que certas metas constitucionais serão prioritárias e, como tais, deverão ser adotadas *políticas públicas* pela Administração Pública para o seu alcance⁵⁶⁰.

A identificação destes parâmetros significará a afirmação de que determinada *política pública*, “ainda que aprovada pelo órgão representativo, não deverá ser implementada até que as metas prioritárias estabelecidas pelo constituinte originário tenham sido atingidas”.⁵⁶¹ O problema que se coloca, porém, é o relativo a como se chegar a tais conclusões, isto é, da verificação do porque uma determinada *política pública* poderia ser considerada prioritária em relação a outra.

Essa dificuldade consiste na definição de quais serão os parâmetros pelos quais se poderá desenvolver o controle. No Estado Constitucional, estes parâmetros só poderiam ser justificados se puderem ser extraídos de modo consistente da Constituição. Em última análise, essa dificuldade se situa na

⁵⁵⁹ Na linha exposta, trata-se de um controle jurídico e não apenas judicial porque congrega também a possibilidade da utilização dos mecanismos de controle interno da Administração Pública, do controle externo, exercido pelo Judiciário e pelos Tribunais de Contas e, ainda, pelo controle social, que se amplia gradativamente e se mostra, potencialmente, como o mecanismo de controle possivelmente mais eficaz.

⁵⁶⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo...** p. 93.

⁵⁶¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Id. Ibid.*

verificação constitucional sobre quais escopos do Estado decorrem da Constituição como atividade juridicamente vinculada e o que se encontra na esfera exclusiva da decisão política do administrador.

Ademais, “o processo de definição de *políticas públicas* para uma sociedade reflete os conflitos de interesses, os arranjos feitos nas esferas de poder que perpassam as instituições do Estado e da sociedade como um todo”.⁵⁶²

Como antes sustentado, em sentido amplo, os fins constitucionais podem ser descritos como a realização da dignidade humana e a promoção dos Direitos Fundamentais. Nada obstante isso e apesar da destacada importância destas finalidades, trata-se, infelizmente, de uma afirmação excessivamente genérica e pouco representativa do ponto de vista prático. Isso se deve também ao fato de que os Direitos Fundamentais, em regra, são veiculados sob a forma de princípios que estruturalmente admitem uma concretização progressiva.

Por essa razão, importa ressaltar os parâmetros que possibilitariam definir o que, a partir dessas metas gerais, estaria o poder público efetivamente obrigado a realizar em caráter prioritário.

Nessa linha de raciocínio, não se pode olvidar que a Constituição vincula diretamente a definição das *políticas públicas* e, por conseguinte, também os parâmetros que poderão ser utilizados para o controle dessas formas de atuação, que nela encontram o seu alicerce.

Ao examinar a possibilidade de se levar a efeito uma dogmática jurídica das *políticas públicas*, Ana Paula de Barcellos indica que, para que se torne minimamente consistente, ela deveria ser estruturada sobre pelo menos três temas: a identificação dos parâmetros de controle; a garantia de acesso à informação e a elaboração dos sistemas de controle⁵⁶³, consoante serão cada um desses elementos adiante especificados.

⁵⁶² HÖFLING, Eloisa de Mattos. *Op. cit.*

⁵⁶³ BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo...**, p. 93.

O primeiro parâmetro sustentado pela autora⁵⁶⁴ pode ser relacionado com a quantidade de recursos públicos disponíveis para serem aplicados às *políticas públicas* concretizadoras dos Direitos Fundamentais. Em diversas passagens, a Constituição estabelece alguns desses parâmetros.⁵⁶⁵

Do ponto de vista da sua utilização, para a identificação dos parâmetros de controle judicial, é necessária a realização de apenas duas operações aritméticas: apurar o quanto correspondem os percentuais referidos pela Constituição sobre esses direitos, considerando a arrecadação dos impostos referidos nos dispositivos e o valor total da receita gerada pelas contribuições e verificar se tais recursos estão efetivamente sendo investidos em *políticas públicas* vinculadas aos fins constitucionais acima indicados.

O segundo parâmetro se apresenta em relação ao “resultado final esperado da atuação estatal”, identificando-se, pois, quais são os bens jurídicos mínimos que devem ser ofertados pelo Estado no que diz respeito à promoção dos Direitos Fundamentais e da dignidade da pessoa humana.⁵⁶⁶

A construção desse parâmetro envolve um trabalho de hermenêutica Constitucional no sentido de buscar, nas disposições constitucionais, efeitos específicos que podem ser descritos como metas concretas a serem atingidas em

⁵⁶⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *Id.* p. 96.

⁵⁶⁵ Nesse sentido A CF/88 prevê: Art. 212.a União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino”. O Art. 198. § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. E também os arts. 194 e 195: Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais(...)

⁵⁶⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo...**, p. 96.

caráter prioritário pela ação do poder público.

De acordo com Ana Paula de Barcellos, seria possível afirmar que o Estado brasileiro está obrigado a, em primeiro plano, oferecer educação fundamental a toda a população, sem qualquer custo para quem dela usufruir, consoante a determinação dos artigos 205 e 208, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Os recursos públicos disponíveis à educação, por conseguinte, devem ser investidos em *políticas públicas* capazes de produzir esses resultados até que eles sejam atingidos. Enquanto não forem, outras *políticas públicas* não prioritárias terão que aguardar até a concretização desse objetivo. Em assim sendo, caso o investimento seja suficiente para a produção dos resultados esperados, o restante dos recursos será aplicado para a implementação de outras metas previstas constitucionalmente, mas relacionadas à destinação pertinente ao Ensino Fundamental.

Entretanto, se não o forem, outros recursos, além do mínimo previsto, poderão ser aplicados até que a meta relativa à educação seja atingida. Uma vez definidas as metas concretas que deverão ser prioritariamente perseguidas pelo poder público, a aplicação dos parâmetros de controle também não apresenta maiores dificuldades⁵⁶⁷.

Trata-se de verificar se o resultado final da atividade do Estado em cada uma das áreas está, efetivamente, sendo atingido. Caso a resposta seja negativa, impõe-se a aplicação dos recursos disponíveis em *políticas públicas* vinculadas a essa finalidade estatal, de modo que outros gastos terão que esperar.

Esse parâmetro é o mais complexo, uma vez que requer o exame dos meios escolhidos pelo poder público para a realização das metas constitucionais. A escolha das *políticas públicas*, ou o meio pelo qual os fins constitucionais serão atingidos é matéria que a Constituição reserva à definição ou discricionariedade

⁵⁶⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *Id.* p. 94.

política.

Contudo, esse parâmetro de controle é, na verdade, o fundamento de legitimidade do próprio Estado Democrático de Direito. Com efeito, quando o Administrador planeja uma *política pública* o faz visando concretizar um determinado direito. A questão se dá justamente pela forma de como será proposta a *política pública*.

E essa opção do Legislador Constituinte se expressa da seguinte forma: A Constituição promove a fixação dos fins ou metas que deverão ser cumpridas pelo poder público, no entanto, não estabelece explicitamente como, ou de que modo, esses fins deverão ser atingidos. Trata-se do âmbito reservado à deliberação política, que não pode ser “colonizada” pelo Direito, consoante o entendimento abaixo exarado, segundo o qual:

Não significa que não haja espaço autônomo de deliberação majoritária acerca da definição das *políticas públicas* ou do destino a ser dado aos recursos disponíveis. Muito ao revés. Em um Estado Democrático, não se pode pretender que a Constituição invada o espaço da política em uma versão de substancialismo radical e elitista, em que as decisões políticas são transferidas, do povo e de seus representantes, para os reis filósofos da atualidade: os juristas e operadores do direito em geral. A definição dos gastos públicos é, por certo, um momento típico da deliberação político-majoritária; salvo que essa deliberação não estará livre de alguns condicionantes jurídicos-constitucionais.⁵⁶⁸

O que se pode fazer, aliás, é buscar eliminar dentre todos os meios disponíveis à Administração Pública, os meios comprovadamente ineficientes para o atendimento dos fins constitucionais. O objetivo desse parâmetro, nessa linha, é buscar-se garantir uma eficácia mínima das ações estatais. E isso porque as *políticas públicas* necessitam contribuir com uma eficiência mínima para a realização das metas estabelecidas pela Constituição.

Em sentido oposto, estar-se-á efetuando inequívoco desperdício de recursos públicos e se deixando de aplicar as disposições constitucionais.

Salvo as circunstâncias extremas, será difícil verificar-se se a *política pública* levada a efeito é minimamente eficiente para o atingimento da meta prevista.

⁵⁶⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Id.* p. 92.

Em se tratando de situação limite, deve ocorrer a intervenção do Judiciário. No entanto, não se trata de substituir a política do governante, pela do juiz⁵⁶⁹, mas apenas efetuar a eliminação das hipóteses comprovadamente ineficientes. Se for ineficiente, pode ser reputada como inválida, de modo que deverá ser substituída por outro meio, ou ser adequada para que possa, satisfatoriamente, atingir o fim ou meta prevista.

3.2. O Controle Social das *Políticas públicas*: A Garantia do Acesso à informação sobre os Dispêndios Estatais.

Elaborados os parâmetros, a sua aplicabilidade dependerá da disponibilidade das informações sobre os recursos públicos disponíveis, da previsão orçamentária e da sua execução⁵⁷⁰.

Não se trata da possibilidade apenas de controle jurídico das *políticas públicas*, mas do exercício do controle social da atuação do Estado por meio de *políticas públicas*. Relaciona-se, portanto, com uma prerrogativa assegurada à população, com vistas à promoção do controle político, pela via eleitoral ou pela via do exercício legítimo de pressão em face dos representantes eleitos, decorrente do próprio sistema democrático e republicano.

Derivado do princípio da publicidade que requer a atuação transparente dos poderes públicos, o acesso à informação acerca da arrecadação e da receita dos entes estatais e o seu dispêndio, relativo às despesas planejadas, impõe-se para que se possa efetuar um controle social eficaz das *políticas públicas*.

Além desses mecanismos de controle difuso e social da atuação por meio

⁵⁶⁹ Isso, como sustenta Rogério Gesta Leal, “não significa o abandono ou a renúncia das competências institucionais próprias ou específicas dos entes federados, mas pelo contrário, o resguardo de suas autonomias e independências político-administrativas, ratificando o postulado fundacional que anima a idéia de República, a saber, a garantia de se criar um mecanismo de check and balance entre os Poderes estatais”. LEAL, Rogério Gesta. **Controle da Administração Pública no Brasil: Anotações Críticas**. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 5, n.20. abr./jun. 2005. p.125.

⁵⁷⁰ BARCELLOS, Ana Paula. **Neoconstitucionalismo...**, p. 92 e seguintes.

de *políticas públicas*, requer-se, no Estado Constitucional, cogitar de quais mecanismos podem servir como instrumentos adequados de controle.

Nesse diapasão, como afirmado, o controle jurídico-Constitucional das *políticas públicas* requer a construção dos parâmetros que serão utilizados, a informação das receitas e despesas estatais e também a elaboração dos mecanismos de controle dos parâmetros. Se eles não forem cumpridos, quais as conseqüências que disso poderão advir?

Se os parâmetros são extraídos das normas constitucionais, são regras ou princípios e a sua violação acarretará conseqüências inequivocamente jurídicas, seja para punir o infrator, seja para impor a observância da norma, seja para retirar a eficácia do ato⁵⁷¹.

Relativamente à eficácia dos atos que violam a Constituição, optou-se, no presente estudo, pelo exame da proibição da realização insuficiente das *políticas públicas*, assim como da vedação do retrocesso, como mecanismos jurídicos que podem se mostrar aptos a possibilitar a garantia da plena eficácia dos Direitos Fundamentais promovidos por meio de *políticas públicas*.

3.3. A Proibição da Insuficiência das *Políticas públicas* voltadas à Concretização dos Direitos Fundamentais.

Ao estudar a eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares e a função que o Estado deveria desenvolver nesta situação, Claus-Wilhelm Canaris explicitou que um das funções dos Direitos Fundamentais é a de, exatamente, produzir o direito de seu titular ser protegido pelo Estado contra a violação por parte de terceiros. Essa concepção é chamada pelo autor alemão como “imperativo de tutela” e, a ela, foi agregada a noção de “proibição da proteção insuficiente”, isto é, de acordo com Canaris, a Constituição não poderia

⁵⁷¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Id.* p. 100.

permitir que se descesse abaixo de um certo nível de proteção estatal. Este patamar, apesar de não absoluto, porém, é aferível em cada caso concreto⁵⁷².

Esse conceito foi esboçado com vistas a uma dimensão prestacional dos Direitos Fundamentais, relativa ao nível de dever de proteção do Estado a esses direitos. Por esse motivo ele pode ser transposto para a função promocional dos Direitos Fundamentais veiculados por meio de *políticas públicas*. Nesse sentido, assim como não é dado ao aparato estatal proteger de forma insuficiente determinado direito, também não pode realizar a prestação material prevista em uma norma de direito fundamental, de modo a não suprir a pretensão jurídica que ele gera a seus titulares ou destinatários.

O dever Constitucional de ação, nesse passo, acaba por ser uma das condições para que se possa falar em proibição de insuficiência⁵⁷³, porquanto, assim como se exige que o Estado atue, exige-se, segundo este postulado, que a ação seja suficiente para o exercício integral do direito do titular.

Não há margem, nem argumento jurídico suficiente para se afastar a existência do dever estatal correspondente à proibição da insuficiência relativamente aos Direitos Fundamentais sociais, até mesmo porque a prestação desses direitos foi colocada pelo Constituinte brasileiro como um “direito de todos e dever do Estado”.

A vinculação dos poderes públicos aos Direitos Fundamentais é inquestionável. Nesse sentido, manifesta-se Ingo Wolfgang Sarlet segundo o qual “para a verificação da proibição da insuficiência de realização dos Direitos Fundamentais sociais por meio das *políticas públicas* que se voltam a realizá-los, é fundamental a utilização dos princípios/postulados da proporcionalidade e da razoabilidade”.⁵⁷⁴

⁵⁷² CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Paulo Mota Pinto e Ingo Wolfgang Sarlet. Coimbra: Almedina, 2003. p. 58.

⁵⁷³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Id.* p. 65.

⁵⁷⁴ Nesse sentido Martin Borowski assinala que “en el nivel de la acción se lleva a cabo el resultado que emerge del nivel de la ponderación de la conducta ordenada definitivamente se

Utilizando-se dos mecanismos da proporcionalidade e da razoabilidade pode-se verificar se uma prestação do Estado, prestada por meio de uma *política pública*, é insuficiente e, portanto, correspondente a uma violação à Constituição, que deve ser reprimida.

Isso porque os Direitos Fundamentais, ainda que submetidos a uma eficácia progressiva, exigem o cumprimento integral do seu âmbito de proteção, pelo que o seu amparo parcial deve ser objeto de questionamento, inclusive pelo Poder Judiciário.

Além do instrumento da proibição da insuficiência em matéria das *políticas públicas* que veiculam Direitos Fundamentais, à luz do artigo 60, parágrafo quarto, da Constituição Federal, que estabelece as cláusulas pétreas do sistema jurídico brasileiro, é possível se indicar a vedação do retrocesso, como outro instrumento importante para a garantia do desenvolvimento social, consoante será abaixo expandido.

3.4. A Vedação do Retrocesso referente à promoção dos Direitos Fundamentais.

A vedação ou proibição do retrocesso, como forma de eficácia protetiva dos Direitos Fundamentais tem contígua relação com a garantia Constitucional dos direitos adquiridos, dos atos jurídicos perfeitos e da coisa julgada, assim como das demais limitações constitucionais à prática de atos retroativos ou mesmo em face da restrição de Direitos Fundamentais pelo Poder Legislativo⁵⁷⁵.

A vedação do retrocesso, porém, possui uma conotação que vai além das garantias acima expostas, pois que ela se volta ao impedimento, como instrumento jurídico de bloqueio, de atos não retrocessivos, mas prospectivos, do

produce mediante la aplicación del principio del proporcionalidad en sentido lato en la forma de la prohibición de protección deficiente". BOROWSKI, Martin. *Op. cit.*, p. 162.

⁵⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia...**, p. 415.

Poder Público que possam gerar retrocesso na intensidade do atendimento de Direitos Fundamentais, prestados pelo Estado.⁵⁷⁶ Em outras palavras, o mecanismo da proibição do retrocesso se destina à exigência de desenvolvimento ou, ao menos, da manutenção dos níveis gerais de proteção social alcançados pela atuação do Estado. Destarte, tem-se que o referido princípio atua na forma de uma:

proibição de contra-revolução social ou da revolução reaccionária. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos, uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. A “proibição de retrocesso social” nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas, mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos, em clara violação ao princípio da confiança e da segurança aos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.⁵⁷⁷

Trata-se de uma temática atual, ainda mais porque correntemente verifica-se no Brasil tentativas (i) de desmonte do sistema de seguridade social, em especial dos já escassos benefícios de assistência social e dos precários serviços de atendimento à saúde; (ii) de flexibilização dos direitos e garantias dos trabalhadores; (iii) do acesso ao ensino público e gratuito, dentre outras diversas hipóteses que poderiam ser ilustradas como representativas de um eventual retrocesso em termos da garantia e da promoção desses direitos.

Para Luís Roberto Barroso, a proibição ou vedação do retrocesso se trata de um princípio “que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico Constitucional”⁵⁷⁸ e por ele “entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento Constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido”.⁵⁷⁹

⁵⁷⁶ Neste aspecto, assevera Ingo Wolfgang Sarlet que, vinculado ao princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, tal como plasmado no art. 1º, inc. I, da CF/88, também pode ser tida como limite ao retrocesso na esfera da legislação social a preservação de um mínimo indispensável para uma existência digna, no sentido de que as restrições no âmbito das prestações sociais não podem, em hipótese alguma, ficar aquém deste limite, pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **O Estado Social...**

⁵⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim. **Direito...**, p. 326.

⁵⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 158.

⁵⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Id. Ibid.*

Com perspectiva similar, José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira lecionam que os direitos sociais de caráter positivo implicam uma proibição de retrocesso, “uma vez dada satisfação ao direito, este se transforma, nessa medida, em direito negativo, ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele”.⁵⁸⁰

A utilização adequada da vedação do retrocesso, com supedâneo Constitucional pode, por conseguinte, constituir-se em uma importante ferramenta jurídica para a afirmação do Estado necessário⁵⁸¹, em que os direitos sociais sejam garantidos e assegurados a todos os cidadãos e, portanto, protegidos sob a vedação do retrocesso social.

E da mesma forma deverão ser protegidas as *políticas públicas*. A partir de uma leitura da categoria aplicada aos Direitos Fundamentais, as *políticas públicas* sequer serão passíveis de revisão que tendam a aboli-las, pois, como instrumentos responsáveis por assegurar aqueles direitos, seja por meio de serviços públicos, ou ainda, de forma distinta, receberão idêntico tratamento dado aos Direitos Fundamentais, por intermédio de uma “Constitucionalidade reflexa”⁵⁸² o condão de cláusulas pétreas.

Em consonância com o postulado da proibição de retrocesso social, por conseguinte, conclui-se que as *políticas públicas*, como meios e instrumentos responsáveis por resguardar e promover os direitos assegurados na Constituição, não poderão ser suprimidas.⁵⁸³

⁵⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Op. cit.*, p. 131.

⁵⁸¹ O Estado necessário é aquele que não é nem mínimo, incapaz de suprir as necessidades coletivas mais essenciais, nem máximo, ineficaz para o atendimento a essas necessidades. FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 31.

⁵⁸² Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito...**, p. 326.

⁵⁸³ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito...**, p. 327.

CONCLUSÕES

Faz escuro, mas eu canto.
(Thiago de Mello).

Trilhado o caminho inicialmente proposto, parece apropriado, a título de conclusão da dissertação, indicar de maneira analítica as idéias lançadas no percurso do texto, as quais poderão propiciar uma visão de conjunto dos temas versados e a sua devida concatenação.

Nos limites estritos e possíveis de um estudo dissertativo, buscou-se delinear, em linhas gerais, as principais características do Estado Constitucional contemporâneo, em contraposição aos elementos que afeiçoavam o modelo liberal do Estado de Direito.

Há uma multiplicidade de causas que dão ensejo à alteração entre esses modelos estatais. No entanto, a principal razão que leva o Estado de Direito a se transformar no Estado Constitucional é a necessidade de uma atuação substancial do Estado na sociedade, com vistas a assegurar um mínimo de direitos indispensável para que cada indivíduo possa se tornar sujeito e, a partir da garantia de sua dignidade, exercer a sua cidadania.

Ao tempo do Estado de Direito a ação que assegurava legitimidade ao Estado era a edição de normas jurídicas, abstratas e indeterminadas, pelas quais se garantia a igualdade formal. Esse mecanismo, porém, passou a se mostrar insuficiente para a legitimação do aparato estatal a partir do século XX, uma vez que se passou a exigir do Estado uma transformação qualitativa do quadro social,

promovendo direitos dos cidadãos, o que dele demandava uma atuação mais intensa.

Nesse quadro, abriu-se espaço para que as *políticas públicas* surgissem como um mecanismo do Estado que, envolvendo a participação da sociedade civil e, portanto, concedendo-lhe nova legitimidade, possibilita a prestação de ações positivas capazes de propiciar uma mudança substancial no conjunto social.

Por conseguinte, o delineamento da travessia do Estado de Direito ao Estado Constitucional e o exame das *políticas públicas* como instrumento (porque dá causa a essa passagem) e como objeto (pois que emerge da própria transformação entre esses modelos) se constituíram como o elemento central de análise da dissertação.

A motivação para este estudo surgiu da verificação da existência de uma lacuna teórica, ao menos no âmbito da doutrina nacional, no que pertine à efetividade das *políticas públicas*, como mecanismos centrais para a salvaguarda e promoção dos Direitos Fundamentais, em especial, dos Direitos Fundamentais sociais.

Atualmente, há uma profusão de excelentes trabalhos teóricos relacionados à eficácia dos Direitos Fundamentais sociais. Nada obstante isso, a grande maioria se volta ao exame particular do âmbito normativo desses direitos, isto é, ainda que sustentem a sua imediata eficácia, em geral, eles não se voltam especificamente ao exame dos seus mecanismos de concretização, como as *políticas públicas*, pelo que, ainda que os Direitos Fundamentais, na contemporaneidade, sejam dotados de uma dogmática juridicamente adequada, carecem de efetivação fática pela ausência de um instrumental jurídico próprio a dar substrato às ações estatais voltadas a realizá-los.

O estabelecimento dos contornos gerais de uma *dogmática jurídica das políticas públicas* não significa, contudo, a redução do espaço político deliberativo

no qual elas são planejadas, aprovadas e implementadas. Ao contrário, os mecanismos jurídicos que apreendem a forma de ação do Estado por meio de *políticas públicas* podem se constituir em ferramentas apropriadas à promoção das suas finalidades, delineadas pela Constituição.

A própria carta Constitucional brasileira estabelece uma série de limites jurídicos, que funcionam como balizas para a atuação da Administração Pública, no sentido de evitar a omissão do administrador público para o atendimento dos escopos delineados pela Constituição.

Sem embargo disso, a partir da principiologia Constitucional, é possível o estabelecimento de outros mecanismos, tais como a *vedação do retrocesso*, que pode ser aplicada às ações políticas destinadas à concretização de Direitos Fundamentais, no sentido de que não pode o Estado reduzir os seus investimentos para o alcance dos seus fins constitucionais, assim como a *proibição da insuficiência*, a qual determina que, embora os direitos sociais sejam objeto de uma eficácia progressiva no tempo, o Estado não pode deixar de realizar *políticas públicas* necessárias a assegurar a promoção mínima desses direitos, consoante os parâmetros estabelecidos constitucionalmente.

Expostos, pois, estes caracteres jurídicos (*vedação do retrocesso* e *proibição da insuficiência*) que podem propiciar uma gradativa ampliação da eficácia das *políticas públicas* voltadas à realização dos direitos sociais, conveniente se apresenta o destaque dos caracteres essenciais que emergiram em cada um dos três títulos e a cada capítulo do trabalho.

Aludiu-se, no início do trabalho, que a consagração fática do Estado de Direito não representou, propriamente, a superação do arbítrio do governante, porque, ainda que submetido formalmente à lei, não havia um controle material do mérito dos atos do administrador público.

Ao tempo do Estado de Direito, além disso, ao titular do poder político bastava a fundamentação de todas as suas ações sob a rubrica do *interesse*

público que elas seriam reputadas legítimas e estariam infensas ao controle jurisdicional. Os espaços público e privado, por igual, apresentavam-se absolutamente apartados. De um lado o público circunscrito ao Estado e, de outro, o privado, relacionado aos particulares e ao mercado, com poucas áreas de comunicação entre si.

Com o advento do Estado Constitucional, que surge para aprimorar as conquistas do Estado de Direito, no sentido do estabelecimento de metas e escopos coletivos e sociais que detêm realização obrigatória, a dicotomia travada entre o público e o privado se esmaece, porquanto precisam Estado e *Sociedade Civil* atuar em conjunto para a efetiva concretização das finalidades cogentes estabelecidas pela Constituição.

Sob o modelo de Estado que pode ser adjetivado como Constitucional, não há como se apartar, de maneira definitiva, os espaços público e privado. Por isso, os ramos jurídicos voltados à disciplina das questões pertinentes ao Estado e à *Sociedade Civil* também não podem mais ser destacados entre si, pois possuem zonas de comunicação perenes, com o objetivo de se complementarem de modo permanente para a busca dos fins comuns.

Decorrente da aproximação entre o Direito Público e o Direito Privado, a noção de *interesse público*, sob a orientação da Lei Fundamental brasileira que delinea o Estado Constitucional, também possui a sua essência sobremaneira alterada.

Sob o paradigma do Estado Constitucional, não se pode visualizar a realização do *interesse público* desvinculada da concretização igual de interesses privados, uma vez que são vedados interesses públicos que sejam transcendentais, isto é, que não guardem vinculação direta com os interesses sociais. Além disso, face à multiplicidade de fins do Estado não parece mais adequado aludir-se apenas ao *interesse público*, mas aos interesses públicos, que representam os múltiplos objetivos a serem perseguidos pelo aparato estatal.

Outra mutação provocada pelo Estado Constitucional no *interesse público* diz respeito ao seu próprio conteúdo mínimo. À época do Estado de Direito, era comum a menção ao *interesse público* como aquele que se identificava tão-só com o interesse do Estado, ou como o interesse da maioria da população.

Concepções dessa ordem, todavia, não podem mais ser aceitas na atualidade. Em função da carga axiológica dos fins constitucionais, relacionados à dignidade da pessoa humana e aos Direitos Fundamentais, a noção de *interesse público*, que as representa, também assume uma conotação ético-valorativa, que não se satisfaz apenas por um critério de quantidade. Nesse passo, torna-se possível mencionar que um interesse torna-se público, não por representar múltiplos interesses particulares, mas por veicular os valores fundamentais tidos pela Constituição como escopos do Estado.

Desse modo, um interesse tido como público não pode ser objeto de transigência, pois a sua realização pelo Estado torna-se imperativa. Situação diversa ocorre com os interesses privados, cuja realização ou não está subsumida à esfera da autonomia privada de seu titular. Desse raciocínio, pode-se extrair o princípio da indisponibilidade dos interesses públicos pelo Estado.

Alusivo ainda aos princípios decorrentes do *interesse público*, verifica-se que, contemporaneamente, o princípio da supremacia do *interesse público* sobre o privado tem sido alvo de freqüentes e pertinentes críticas. E isso porque, no regime jurídico do Estado Constitucional adotado pela Constituição de 1988, nenhum Direito Fundamental é absoluto, de modo que o *interesse público* também não pode ser e, portanto, não pode preponderar, automaticamente, sobre os interesses privados.

Nessa perspectiva, para que a Administração Pública realize um *interesse público*, ela deve justificar a sua execução a partir de um juízo de ponderação entre todos os interesses e direitos envolvidos. Tal exame ponderativo tem por fim explicitar as razões pelas quais um interesse deve, realmente, ser efetivado. Em

geral, essa motivação irá indicar os Direitos Fundamentais que serão promovidos ou protegidos.

A indicação dos Direitos Fundamentais que serão realizados, consoante o entendimento exarado na trajetória da dissertação, não deve substituir a noção de *interesse público* nos fins do Estado delineados para a Administração Pública. Essa noção, sem embargo da sua abstração, possui uma índole inegavelmente universal, relacionada ao bem de todos, ao passo que os Direitos Fundamentais possuem uma estirpe que os aproxima antes da tutela particularizada dos direitos dos indivíduos, do que à sua realização coletiva.

Nesse passo, a permuta do *interesse público* pelos Direitos Fundamentais ou mesmo pela dignidade da pessoa humana como fins da atividade administrativa estatal pode significar, em alguma medida, um retrocesso, caso não seja indicado, em concreto, qual direito se estará a realizar. Em outras palavras, se não for nomeado o Direito Fundamental a ser realizado, pode-se estar limitando os fins do Estado à satisfação restrita e exclusiva dos direitos políticos e individuais, ao passo que a noção de *interesse público*, construída ao longo dos anos pela doutrina, contempla uma dimensão mais universalizante, que, inequivocamente, congrega também os direitos sociais.

Todas essas alterações acima expressadas se devem ao atual estágio do Constitucionalismo contemporâneo que propicia uma hermenêutica da Constituição adequada à irradiação da sua normatividade por todo o ordenamento, desde as relações de Estado até as relações privadas, conformando-as, de acordo com os princípios republicanos e com a salvaguarda dos direitos sociais e individuais.

No Estado Constitucional, essa força normativa da Constituição, que se espalha por todo o sistema jurídico, porém, só ocorre porque o conjunto jurídico normativo passa a ser entendido como um sistema que compreende regras e princípios, (estes últimos também divididos entre princípios em sentido estrito e

polices – diretrizes) que permitem uma aproximação maior dos valores do que as regras.

Dentre os elementos axiológicos de maior proeminência inseridos na Lei Fundamental brasileira como princípios, a dignidade da pessoa humana destaca-se. Ainda que possua uma origem *jusnaturalista*, com a sua inserção na forma de um princípio basilar da República Federativa brasileira, ela passa a ter uma dimensão normativa, que não pode ser desvalorizada.

A inserção dos princípios no ordenamento jurídico do Estado Constitucional propicia ainda o dirigismo da Constituição, que atua como norte para a atuação do aparato administrativo por meio do estabelecimento e da implementação de *políticas públicas*, que se tornam o meio político-jurídico por excelência à disposição do Estado para o atendimento aos elementos programáticos da Constituição, que, nos países de Modernidade tardia como o Brasil, permanecem plenamente vigentes.

O fato de as *políticas públicas* terem se tornado a essencial forma de atuação do Estado Constitucional não significa, pois, uma revisão da teoria da separação de poderes, porquanto, os Poderes Legislativo e Judiciário, ao lado do Poder Executivo realizam *políticas públicas* cada qual a partir de sua competência funcional, de modo que não se pode reduzir as *políticas públicas* como o mecanismo de atuação exclusivo do Poder Executivo.

Sob este ângulo, é possível compreendê-las como mecanismo também de Estado e não apenas de Governo, para o intento de salvaguardar e auxiliar na Constituição da dignidade humana de todos e de cada um dos indivíduos, por intermédio da proteção dos Direitos Fundamentais individuais e da prestação dos Direitos Fundamentais sociais, que compõem os objetivos do Estado Constitucional brasileiro.

No Estado Constitucional, os Direitos Fundamentais e Sociais não podem deixar de serem satisfeitos, de maneira que o argumento da reserva do possível

só pode ser argüido quando restar comprovado que os recursos públicos destinados à concretização de *políticas públicas* estão sendo utilizados de forma proporcional às necessidades de promoção plena desses direitos e de forma progressiva no tempo, de modo que é vedado o retrocesso e a insuficiência na sua efetivação.

Por fim, merece destaque o fato de que, como se buscou demonstrar na dissertação, apenas de mãos dadas no presente, consoante nos ensina Carlos Drummond de Andrade, nutrindo grandes esperanças no futuro, é que poderemos caminhar em direção à realização dos objetivos do Estado Constitucional brasileiro, o qual, a partir da efetivação dos intentos de emancipação humana irrealizados do pretérito, poderá assegurar uma vida digna a todos os cidadãos no presente.

Não serei o poeta de um mundo caduco.

Também não cantarei o mundo futuro.

Estou preso à vida e olho meus companheiros.

Estão taciturnos mas nutrem grandes esperanças.

Entre eles, considero a enorme realidade.

O presente é tão grande, não nos afastemos.

Não nos afastemos muito, vamos de mãos dadas.

(Carlos Drummond de Andrade, *Mãos Dadas*).

BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN, Bruce. **La Justicia Social en el Estado Liberal**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALFONSIN, Jacques Távora. **Dos Nós de uma Lei e de um Mercado que Prendem e Excluem aos Nós de uma Justiça que Liberta**. In: DORA, Denise Dourado. **Direito e Mudança Social**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ALMEIDA, Dayse Coelho de. **A Fundamentalidade dos Direitos Sociais**. Disponível em: http://www.anamatra.org.br/geral/artigo_IEC.doc. Acesso em: 04 jun. 2006.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha. Em busca de critérios jurídicos pra lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Interesse público**. In: Dicionário Jurídico da Administração Pública. Lisboa, 1993.

ANTUNES, Luís Felipe Colaço. **A Tutela dos Interesses Difusos em Direito Administrativo: Para uma legitimação procedimental**. Coimbra: Livraria Almedina, 1989.

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos. **A Supremacia do Interesse público no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo**. In: SARMENTO, Daniel (org). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse público**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 10^a ed., Trad. de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____. **O que é Política?** Fragmentos das Obras Póstumas compiladas por Ursula Ludz. São Paulo: Bertrand Brasil: 2002.

ARENHART, Sergio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>. Acesso em: 01 jul. 2006.

ARISTÓTELES. **A Ética**. trad. de Cássio M. Fonseca. Rio de Janeiro: Tecnoprint,

1991.

_____. **Ética a Nicomêno**. São Paulo: Abril Cultural, 1986.

AUGUSTIN, Sérgio. **O Controle Jurisdicional do Ato de Governo**. Tese. Curitiba: UFPR, 2002.

ÁVILA, Humberto. **Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse público sobre o Particular”**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.) **O Direito Público em Tempos de Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. **Aspectos polêmicos do regime disciplinar do servidor público**. In: MODESTO, Paulo; MENDONÇA, Oscar. (org.) **Direito do Estado: Novos Rumos**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 89.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed., 10ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **NeoConstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas públicas**. In: *Revista de Direito Administrativo*. Abr/Jun.2005 nº 240. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARRETO, Vicente de Paulo. **Reflexões sobre os Direitos Sociais**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.) **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito Constitucional brasileiro (pós-Modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In: **A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas**. Ana Paula de Barcellos... [et. al.]; organizador: Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse público**. In: SARMENTO, Daniel

(org). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. São Paulo: Jorge Zahar Editor, 2003.

_____. **Em Busca da Política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2000.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Políticas públicas e o Dirigismo Constitucional**. In: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional** (Anais do IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional). v. 3. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003.

_____. **A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição**. In: **Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional**. Souza Neto, Cláudio Pereira et alii., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BERRY, Brian. **O Uso e o Abuso de “O Interesse público”**. In: FRIEDRICH, Carl. (Org.) **O Interesse público**. Trad. de Edílson Alkmin Cunha. São Paulo: O Cruzeiro, 1967.

BIGOLIN, Giovanni. **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: 22 abr. 2006.

BINENBOJM, Gustavo. **Da Supremacia do Interesse público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo**. In: SARMENTO, Daniel (org). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: Para uma teoria geral da política**. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. 9ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2001.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora UnB, 1998.

_____. **A Era dos Direitos**. 11ª ed., Carlos Nelson Coutinho (trad.) São Paulo: Campus, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Do Estado Liberal do Estado Social**. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Do Absolutismo ao Constitucionalismo**. In: **Revista da Acadêmica Brasileira de Direito Constitucional**. n° 5, 2004.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **O Conceito de Dignidade Humana: Substrato Axiológico e Conteúdo Normativo**. In: **Constituição, Direitos**

Fundamentais e Direito Privado. (org: Ingo Wolfgang Sarlet) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BORGES, Alice Gonzáles. **Interesse público: Um conceito a Determinar.** In: Revista de Direito Administrativo, nº 205, Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BOROWSKI, Martin. **La Estructura de los Derechos Fundamentales.** Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BRAYBROOKE, David. **O Interesse público: O Presente e o Futuro do Conceito.** In: **O Interesse público: Chave Essencial da Política pública.** In: FRIEDRICH, Carl. (Org.) **O Interesse público.** Trad. de Edílson Alkmin Cunha. São Paulo: O Cruzeiro, 1967.

BROLIANI, Jozélia Nogueira. O controle judicial nas omissões no planejamento financeiro. **A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, a. 5, n. 21, p. 119-134, jul./set. 2005.

CAETANO, Marcello. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo.** Coimbra: Almedina, 1996.

CAMPOS, Francisco. **Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Tradução de Paulo Mota Pinto e Ingo Wolfgang Sarlet. Coimbra: Almedina, 2003.

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

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 5ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

_____. **Estado Adjectivado e Teoria da Constituição.** In: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Volume 03. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003.

_____. **Constituição e Défice Procedimental.** In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais.** Coimbra: Coimbra editora, 2004.

CARBONELL, Miguel. **NeoConstitucionalismo(s).** Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CASSINELLI, C. W. **O Interesse público na Ética Política.** In: FRIEDRICH, Carl. (Org.) **O Interesse público.** Trad. de Edílson Alkmin Cunha. São Paulo: O Cruzeiro, 1967.

CERRONI, Umberto. **Sobre la Historicidad de la Distincion Entre Derecho Privado y Derecho Público.** In: Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho. Año 1, nº 1, 1984.

CHAUÍ, Marilena. Público, Privado, Despotismo. In: NOVAES, Adauto. (org.) **Ética.** São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

CHEVALLIER, Jacques. **Le Droit Administratif entre Science Administrative et Droit Constitutionnel.** In: CHEVALLIER, Jacques (org.) **Le Droit Administratif en**

Mutation. Paris: Presses Universitaires de France, 1993.

_____. **Le concept d'intérêt em science administrative.** In: GÉRARD, Philippe. OST, François et KERCHOVE, Michel van de. **Droit et Intérêt.** Vol. 1: Approche interdisciplinaire. Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990.

CHIESORIN JUNIOR, Laerzio. **A Discricionariedade na Execução do Orçamento.** Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre no Curso de Mestrado em Direito do Estado da UFPR, 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais.** In: Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho. nº 22. jul/dez 2003.

COLM, Gerhard. **O Interesse público: Chave Essencial da Política pública.** In: FRIEDRICH, Carl. (Org.) **O Interesse público.** Trad. de Edílson Alkmin Cunha. São Paulo: O Cruzeiro, 1967.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade das Políticas públicas.** In: Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba. Direito Administrativo e Constitucional. Celso Antônio Bandeira de Mello (org.) São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** In: Estudos de Direito Constitucional: Em homenagem a José Afonso da Silva. CUNHA, Sérgio Sérvulo da; GRAU, Eros Roberto. (org.). São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **[Ensaio sobre o juízo de Constitucionalidade de políticas públicas](http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_138/r138-04.pdf).** Disponível em: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_138/r138-04.pdf. Acesso em: 08 jun. 2006.

COSTALDELLO, Angela Cassia. **A Invalidade dos Atos Administrativos: Uma Construção Teórica Frente ao Princípio da Estrita Legalidade e da Boa-fé.** Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Futuro do Estado.** Tese para o Concurso de Professor Titular do Departamento de Direito do Estado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1972.

DERANI, Cristiane. **Privatização e Serviços Públicos: As Ações do Estado na Produção Econômica.** São Paulo: Max Limonad, 2002.

DESWARTE, Marie-Pauline. **Intérêt general, bien commun.** Revue du Droit Public. Paris, set-out, 1988.

DIAS, Jean Carlos. **Políticas públicas e questão ambiental.** Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Saraiva: Revista dos Tribunais, ano 8, nº 31. p. 117-135, jul/set. 2003.

- DIDIER, Jean-Pierre. **La Déontologie de l'Administration**. Paris: PUF, 1999.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.
- _____. **A Defesa do Cidadão e da Res Pública**. In: Revista do Serviço Público. Fundação Escola Nacional de Administração Pública. Ano 49, nº 2. (Abr./jun./1998) Brasília: ENAP, 1998.
- _____. **Direito Administrativo**. 14ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.
- DUCROCQ, Théophile. **Cours de droit administratif**. Paris: A. Fontemoing, 1897.
- DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação - Na Idade da Globalização e da Exclusão**. Petrópolis: Vozes, 2000.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ENGLISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 6ª ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988.
- ESCOLA, Jorge Héctor. **El Interes Público Como Fundamento Del Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1989.
- ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 1999.
- FACHIN, Luiz Edson. **A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea**. (Uma Perspectiva da Usucapião Imobiliária Rural) Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- _____. **O Direito Civil Brasileiro Contemporâneo e a Princiologia Axiológica Constitucional**. In: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Volume 3. Ano 3. 2003.
- _____. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. Brasília: Ed. Brasiliense, 1983.
- FARIA, Ernesto, et ali.. **Dicionário Escolar Latino-Português**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1956.
- FERRAJOLI, Luigi. **Pasado Y Futuro del Estado de Derecho**. In: CARBONELL, Miguel (org.) **NeoConstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Participação Democrática: Audiências Públicas**. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. (coord.) **Estudos de Direito Constitucional** em Homenagem ao Professor José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FINGER, Ana Cláudia. **O Público e o Privado na Administração Pública**. In: Cenários do Direito Administrativo: Estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Edgar Guimarães (Coord.) Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- FIORAVANTI, Maurizio. **Stato e Costituzione: Materiali per una Storia delle**

Dottrine Costituzionali. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Introdução. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.) **Repensando a Teoria do Estado.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

FRANCO, João Melo. MARTINS, António Herlander Antunes. **Dicionário de Conceitos e Princípios Jurídicos.** 3ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1991.

FREIRE, Paulo; HORTON, Myles. **O Caminho se faz Caminhando: Conversas sobre Educação e Mudança Social.** São Paulo: Vozes, 2003.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito.** 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Como Interpretar a Constituição.** In: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, nº 05. 2004.

_____. **Estudos de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 1995.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas: A Responsabilidade do Administrador e do Ministério Público.** São Paulo: Max Limonad, 2000.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARCIA, Benigno Pendas. J. BENTHAM: **Política y Derecho em los Orígenes del Estado Constitucional.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Curso de Direito Administrativo.** Editora Revista dos Tribunais, 1990.

_____. **La Lengua de los Derechos: La formatem Del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa.**

GASTALDI Suzana. **A implantação de políticas públicas como objeto juridicamente possível da ação civil pública.** Disponível em: <http://www.juristas.com.br/revista/coluna.jsp?idColuna=124>. Acesso em: 01 jun. 2006.

GEDIEL, José Antônio Peres. **Os Transplantes de Órgãos e a Tutela da Personalidade.** Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR. Curitiba, UFPR, 1998.

GÉRARD, Philippe. OST, François et KERCHOVE, Michel van de. **Droit et Intérêt.** Vol. 1: Approche interdisciplinaire. Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990.

_____. **Droit et Intérêt.** Vol. 2: Entre Droit et non-droit: l'intérêt. Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990.

_____. **Droit et Intérêt.** Vol. 3: Droit positif, droit compare et histoire du droit. Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990.

GIORGIANNI, Michele. **O Direito Privado e as suas Atuais Fronteiras.** In: Revista dos Tribunais. Ano 87. vol. 747. Janeiro de 1998. São Paulo: RT, 1998.

GOMES, Joaquim Barbosa. **Direito, Sociedade Civil e Minorias no Brasil da Virada do Milênio.** In: DORA, Denise Dourado. **Direito e Mudança Social.** Rio

de Janeiro: Renovar, 2003.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo I, 4ª ed., Buenos Aires: Fund. de Derecho Administrativo, 1997.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O Controle Judicial das Omissões Administrativas: novas perspectivas de implementação de direitos prestacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRAMSCI, Antonio. **Maquiavel, a Política e o Estado Moderno**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1987.

GRAU, Eros Roberto. **O Estado, a Liberdade e o Direito Administrativo**. In: Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho. Número 21, Jul-dez/2002.

_____. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

GRIFFITH, Ernest S. **Os Fundamentos Éticos do Interesse público**. In: FRIEDRICH, Carl. (Org.) **O Interesse público**. Trad. de Edílson Alkmin Cunha. São Paulo: O Cruzeiro, 1967.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural na Esfera Pública**. Investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

_____. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **A Crise de Legitimação do Capitalismo Tardio**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. **O Leviathã**. São Paulo: Abril Cultural; 1988.

HOBSBAWN, Eric. **A Era dos Extremos – O Breve Século XX: 1914 – 1991**. 2ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

HOFLING, Eloisa de Mattos. **Estado e políticas (públicas) sociais**. Disponível em: www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010132622001000300003&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 17 mar. 2006.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends On Taxes**. New York: W.W. Norton & Company Inc., 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de Serviços Públicos**. São Paulo: Dialética, 1997.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Conceito de Interesse público e a Personalização do Direito Administrativo.** In: Revista Trimestral de Direito Público. nº 26. São Paulo: Malheiros, 1999,

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** In: Crítica da Razão Pura e outros Textos. (trad. Paulo Quntela) 1ª ed., São Paulo: Abril Cultural S/A, 1974.

KRELL, Andréas J. **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: Editora Livraria do Advogado, 2000.

LASSWELL, Harold D. **O Interesse público: Sugestões de Princípios de Conteúdo e de Método.** In: FRIEDRICH, Carl. (Org.) **O Interesse público.** Trad. de Edílson Alkmin Cunha. São Paulo: O Cruzeiro, 1967.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração Pública e Sociedade: Novos Paradigmas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 34.

_____. **Controle da Administração Pública no Brasil: Anotações Críticas.** A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 5, nº 20. abr./jun. 2005.

_____. **Teoria do Estado: Cidadania e Poder Político na Modernidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2001.

_____. **Apresentação: E que venham os Direitos Sociais e as Políticas públicas.** In: Direitos Sociais & Políticas públicas. Desafios Contemporâneos. Rogério Gesta Leal (Org.) Tomo III. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto.** São Paulo: Nova Fronteira, 2004.

LEWIS, George Cornwall. **Remarks on the Use and Abuse of Some Political Terms.** p. 233. [S.l.: s.n.].

LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização Econômica, Política e Direito: Análise das Mazelas Causadas no Plano Político-Jurídico.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.

LUZ, Ana Beatriz Vieira da. **Interesse público – Visão Contemporânea.** Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR.

MALBERG, Carré de. **Teoria General del Estado.** Ciudad del México: Fondo de Cultura, 1948.

MANCUSO, Rodolfo de Carmargo. **Interesses Difusos.** 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

Márquez, Gabriel García. **Cem Anos de Solidão.** São Paulo: Record, 1987.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. **A Mão Visível: Mercado e Regulação**. Coimbra: Almedina, 2003.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **O Princípio Ético do Bem Comum e a Concepção Jurídica do Interesse público**. In: Revista Jurídica Virtual. nº 13 – junho/2000. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República. p. 04. Disponível em: http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev-13/princ-etico.htm.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **O Manifesto Comunista**. 8ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2002

MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. São Paulo: Palas Athena, 2001.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

MERQUIOR, José Guilherme. **Liberalismo e Constituição**. In: MERCADANTE, Paulo (Org.) Constituição de 1988: Avanço do Retrocesso. Rio de Janeiro: Rio Fundo Editora, 1990.

MILESKI, Helio Saul. **O Controle da Gestão Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo, Dialética, 1999.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito Administrativo: Da Rigidez Autoritária à Flexibilidade Democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

NEGREIROS, Teresa. **Dicotomia Público-Privado frente ao problema da Colisão de Princípios**. In: Ricardo Lobo Torres. (org). Teoria dos Direitos Fundamentais.

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, 1987.

NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de La Democracia Deliberativa**. Barcelona, Gedisa, 1997.

- NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1974.
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **Participação Administrativa**. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 05, nº 20.
- OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública. O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. **A Crise do “Estado de Direitos Fundamentais”** In: Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos. Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mender, André Ramos Tavares. (orgs.) São Paulo: Saraiva, 2005.
- PENNOCK, J. Roland. **A Unidade e a Multiplicidade: Uma Observação sobre o Conceito**. In: **O Interesse público: Chave Essencial da Política pública**. In: FRIEDRICH, Carl. (Org.) **O Interesse público**. Trad. de Edílson Alkmin Cunha. São Paulo: O Cruzeiro, 1967.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: Uma Contribuição ao estudo das restrições aos Direitos Fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PERES LUÑO, Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 6.ed., Madrid: Editorial Tecnos, 1995.
- PESSOA, Robertônio Santos. **Direito Administrativo: um Novo Eixo Central**. In: A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 3. nº 11. jan./fev./mar.2003.
- PIOVESAN, Flávia e VIEIRA, Renato Stanzola. **A Força Normativa dos Princípios Constitucionais: A Dignidade da Pessoa Humana**.
- POSNER, Richard A. **Teorias de Regulação Econômica. In: Regulação Econômica e Democracia: O Debate Norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004.
- POULANTZAS, Nicos. **As Classes Sociais no Capitalismo de Hoje**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editores, 1987.
- PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina. [S.l.].
- _____. **Dicionário Jurídico**. 3ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1990.
- RADBRUCH, Gustavo. **Filosofia do Direito**. Trad. de L. Cabral de Moncada. 6 ed., Coimbra: Armênio Amado.
- RAWLS, John. **Uma Teoria de Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- REINALDO, Demócrito Ramos. **A Aids e o Poder Judiciário**. In: Revista dos Tribunais n. 749.
- RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Trad. de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1981.
- RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social**. In: Revista Interesse público. nº 4, 1999. Outubro/dezembro 1999. São Paulo: Notadez, 1999.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. **La Vuelta al Derecho Administrativo (a vueltas com lo Privado y lo Publico)**. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 5, nº 20, abr/jun. 2005.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**. Trad. de Antonio de Padua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Locke e a Formação da Racionalidade do Estado Moderno: o Individualismo Proprietário entre o Público e o Privado**. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. Introdução. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.) **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça. O Privado e o Público na Vida Social e Histórica**. São Paulo: Edusp, 1993.

_____. **Direitos Humanos: Considerações Históricas – Críticas**. In: **Arquivos de Direitos Humanos**. Celso D. Albuquerque Mello e Ricardo Lobo Torres diretores. Vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SANTI ROMANO. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente. Contra o Desperdício da Experiência**. São Paulo: Cortez Editora, 2001.

_____. **Pela Mão de Alice: O Político e o Social na Pós-Modernidade**. 4ª ed., São Paulo: Cortez, 1997.

SANTOS, Marília Lourido dos. **Políticas públicas (econômicas) e controle**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3179>. Acesso em: 17 jun. 2006.

_____. **Interpretação Constitucional no Controle Judicial das Políticas públicas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

SANTOS, Milton. **A Natureza do Espaço: Técnica e Tempo. Razão e Emoção**. São Paulo: Hucitec, 1996.

_____. **O Recomeço da História**. São Paulo: Folha de São Paulo, 09 de janeiro de 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **A Constituição Concretizada. Construindo Pontes entre o Público e o Privado**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2000.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **O Direito Público em Tempos de Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional**,

Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **O Estado Social de Direito, A Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade.** Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_23/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf Acesso em: 03 jun. 2006.

SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional.** In: SARMENTO, Daniel (org). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse público.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos Desafios da Filtragem Constitucional no momento do neoConstitucionalismo.** In: A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 5, nº 20. abr./jun.2005.

_____. **Ensaio sobre a Supremacia do Interesses Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais.** In: SARMENTO, Daniel (org). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse público.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

_____. **Direito Constitucional: Anotações Nucleares.** Curitiba: Juruá, 2002.

_____. **Comissões Parlamentares de Inquérito e o Conceito de Fato Determinado.** Tese aprovada no Programa de Pós-graduação da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2002.

SCHMITT, Carl. **La Defensa de La Constitucion.** Traducción de Manuel Sanchez Sarto. Segunda Edicion. Madrid: Tecnos, 1998.

SCHUBERT, Glendon. **Existe uma Teoria do Interesse público?** In: FRIEDRICH, Carl. (Org.) **O Interesse público.** Trad. de Edílson Alkmin Cunha. São Paulo: O Cruzeiro, 1967. p. 184.

SECADO, Francisco Fernández. **La Dignidad de la Persona como Valor Supremo del Ordenamiento Jurídico Español y como Fuente de Todos los Derechos.** In: A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ano 03, nº11, jan/mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade.** 3ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Almiro do Couto. **Os Indivíduos e o Estado na Realização de Tarefas Públicas.** In: Revista de Direito Administrativo. Volume 209 - jul./set.1997. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

SILVA, José Ribamar Sá; BARROS, Valdira. **Avaliação de Políticas e Programas Sociais: um destaque ao sentido das variáveis contextuais.** In: Revista de Políticas públicas. Universidade Federal do Maranhão: Programa de Pós-graduação em Políticas públicas. v.8, nº 2. jul/dez 2004.

SOUSA, António Francisco. **Os “Conceitos Legais Indeterminados” no Direito Administrativo Alemão.** In: Revista de Direito Administrativo. nº 166. São Paulo: FGV Editora, 1986.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder.** São

Paulo: Memória Jurídica, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma Reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático.** In: BARROSO, Luis Roberto (org.) **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

STEIN, Ernildo. **Epistemologia e Crítica da Modernidade.** 3ª ed., Ijuí: Unijuí, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito.** 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Sociais-Fundamentais.** In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TÁCITO, Caio. **A Constituição e o Direito Administrativo.** In: Revista de Direito Administrativo. nº 242, out./dez.2005. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Controle Judicial da Regulamentação de Políticas públicas. In: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional** (Anais do IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional). v. 3. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os Direitos Humanos e a Tributação – imunidades e isonomia.** Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

TROPPER, Michel. **La notion de citoyen sous la Révolution Française.** In: Études em l' honneur de Georges Dupuis. Préface de Georges Vedel. Paris: L.G.D.J., 1997.

VIANNA, Ana Luiza. Abordagens Metodológicas em Políticas públicas. **RAP–Revista de Administração Pública.** Rio de Janeiro, v. 30, n. 2, p. 5-30, mar./abr. 1996.

WEIL, Prosper. **O Direito Administrativo.** Coimbra: Almedina Editora, 1977.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil. Ley, direitos, justicia.** Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

ZANCANER, Weida. **Limites e Confrontações entre o Público e o Privado.** In: **Direito Administrativo Contemporâneo: Estudos em Memória do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho.** Romeu Felipe Bacellar Filho (coord.) Belo Horizonte: Fórum, 2004.