

ESTADO CONSTITUCIONAL: UM ENTE FUNCIONAL

CONSTITUTIONAL STATE: A FUNCTIONAL ENTITY

Eliese Almeida¹

RESUMO Este trabalho aborda o Estado Democrático de Direito na perspectiva do movimento de constitucionalização deflagrado a partir do segundo pós-guerra. Ressalta a mudança dos sistemas jurídico e político e as consequentes transformações que devem incidir nas instituições e nortear todas as esferas de atuação que compõem o ente público.

Palavras-chave: Estado; Constituição; pessoa humana.

ABSTRACT This paper focuses on the Democratic Rule of Law in view of the movement of constitutionalization triggered from the second post-war. Emphasizes the changing legal and political systems and the consequent changes that must focus on institutions, and inform all spheres of activity that make up the public entity.

Keywords: State; Constitution; Human person.

Sumário: Considerações iniciais; 1 Estado e Constituição: um novo caminho; 2 Expansão de eficácia do comando constitucional; 3 Poderes Estatais: um novo enfoque; 4 Dos balizadores impositivos; Considerações finais; Referências bibliográficas.

¹ Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), especialista em Direitos Fundamentais e Constitucionalização do Direito pela mesma instituição e em Direitos Difusos e Coletivos pela Fundação do Ministério Público do Rio Grande do Sul, e advogada.

Considerações iniciais

O presente estudo se propõe a abordar algumas questões em torno do cenário jurídico e político atual na condição de resultante de um passado de lutas sangrentas e de muito sofrimento para a pessoa humana. Sabe-se que a constitucionalização do direito foi (e continua sendo) um movimento determinante para que lograsse conquistar o universo estrutural que se contempla na era contemporânea.

O fato é que essa perspectiva constitucional inovadora reconhece à pessoa humana valor nunca antes experimentado, pondo-a não mais como mero objeto de sujeição do arbítrio estatal e dos desmandos de qualquer forma de poder e subjugação, mas, sim, como ser humano titular de cidadania, de direitos, liberdades e garantias e, por isso mesmo, atuante no contexto democrático instituído.

Contudo, partindo-se dessas construções emergem também questões complexas e inquietantes, não raras vezes, refletindo ameaças à concretização do ideal conquistado (ou das promessas promulgadas). Até porque, é cediço que o fato de se ter uma Constituição nos moldes da brasileira não apaga nem resolve, por si só, o ambiente de assimetrias e aviltamentos que inegavelmente ainda se fazem realidade na vida das pessoas.

Nesse sentido, releva atentar para o severo comprometimento do Estado, notadamente da Administração Pública, frente aos direitos fundamentais, bem como os influxos impositivos que tais direitos exercem em todas as esferas de poder. Trata-se de cenário que prioriza a dignidade da pessoa humana (na condição de fundamento da República Federativa do Brasil), os direitos fundamentais e o inexorável dever de bem e melhor executar a funcionalização que a Carta Política proclamou ao Estado brasileiro.

1 Estado e Constituição: um novo caminho

Depois de percorrer uma longa trajetória de barbáries de toda ordem - independentemente das divergências acerca da essência humana originária -, de fato, o que a História retrata, como incontroverso, é que o ser humano, como autor da sua história, paradoxalmente, foi o seu próprio algoz - ou do seu "igual" mais fraco -, comandando ou executando terríveis violações aos mais humanos direitos.

Não é demais lembrar os horrores do Nazismo, "campo de perpetração" dos mais horrendos aviltamentos do indivíduo para com o ser humano e à sua dignidade, e o que é pior, debaixo do abrigo da lei. Quadro avalizado (ou, mesmo, instrumentalizado) por um positivismo frio, de estrita literalidade (im)posta acima de qualquer preocupação com a pessoa, com a dignidade, com a humanidade e, por conseguinte, com os direitos funda-

mentais da pessoa humana.

Entretanto, como também é cediço, é nas revoluções e a partir de sofrimento que se conquistam as maiores evoluções, em especial, na seara do Direito. Pois a Segunda Guerra Mundial, como um dos maiores - senão o maior - exemplos dessa realidade, em muito contribuiu para a conquista do reconhecimento, pelo mundo jurídico, das peculiares fragilidades e necessidades que o universo humano contempla, particularmente, nas proporções do que se logrou construir até agora.

É bem verdade que, muito tempo antes, valores como liberdade, igualdade e direitos humanos já transitavam por textos jurídicos - em especial, no contexto mundial - a exemplo da Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, considerada como “registro de nascimento dos direitos humanos na História”². Contudo, importa atentar que, não obstante constitua-se em marco histórico, no que diz com os direitos da pessoa humana, exatamente por ser “declaração”, não se investe de força obrigatória vinculante.

Nessa senda, embora bem mais adiante, vale ainda registrar que, com relação à Declaração Universal de 1948, diante do mesmo obstáculo acima referido, com o intuito de tornar efetivamente práticas as declarações de direitos, a solução encontrada para plasmarem uma proteção mais consistente aos direitos humanos, ali previstos, foi juridicizá-la como tratado internacional. Dessa forma, passaria, como efetivamente passou, a ter eficácia vinculante frente aos Estados³, muito embora não se possam desconsiderar as complexas e controversas discussões em torno de questões ligadas à soberania, tema esse que vem, cada vez mais, sendo objeto de debate e questionamento, em especial, pelos cientistas do Direito que se dedicam ao estudo, construção e defesa dos direitos da pessoa humana, como objetivo posto hierarquicamente acima das instituições, ideologias ou convicções do ente abstrato (na verdade, das pessoas que representam os poderes estatais, “qualificando-os” com disputas e vaidades).

A propósito, oportuno consignar o pensamento de Jorge Miranda ao abordar o cenário em que fora elaborada a Declaração Universal de 1948, ou seja, de um ente estatal totalitário, hostil aos direitos fundamentais da pessoa, desprezando-os tanto na teoria como na prática. Assevera o autor:

É nesse contexto que surge a Declaração Universal, traduzindo, simultaneamente - e, apenas na aparência, contraditoriamente - uma reação contra o Estado e o princípio

2 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 47-48.

3 PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1998, p. 82.

*da superação do dogma da soberania: reação contra os excessos e as terríveis violações dos anos 30 e 40; superação da soberania tradicional, por se abrir caminho a uma proteção internacional dos direitos do homem. E a Declaração não pode ser apercebida senão como expressão de uma consciência jurídica à escala de toda a Humanidade, como expressão de um jus-universalismo que, doravante, vai marcar os Estados e a comunidade internacional [...]*⁴.

Pois fora também nesse quadro - que se iniciara com a perpetração de aviltamentos bárbaros à pessoa humana e, como decorrência, despertou para um processo de conscientização acerca da necessidade de uma proteção concreta e, inexoravelmente, impositiva - que ganhou maior relevo a construção e consolidação do reconhecimento dos direitos da pessoa humana e da tutela jurídica que ensejam. E foi nesse ambiente que a Constituição passou a ostentar especial espaço no mundo jurídico e político, à medida que tal documento inaugura novos modelos de Estado, cujas estruturas se fundam em inovadora hierarquia de princípios, bens, valores e direitos, diferentemente de outrora, enaltecendo, fundamentalmente, a proteção da pessoa humana e priorizando o alcance da sua dignidade e do seu bem-estar, a exemplo da Constituição brasileira de 1988.

Diante dessas considerações, soa restar inexorável a conclusão de que a nova “era” do constitucionalismo representa o rompimento com o passado de desmandos, marcado por toda ordem de atrocidades e arbitrariedades (legitimadas pela estrita literalidade) contra o principal personagem da História, do mundo e de qualquer forma de sociedade, por mais primitiva que seja: o ser humano, tanto no que diz com as relações dos particulares com o ente estatal, quanto dos particulares entre si.

E nessa perspectiva de transição, que prefere o “ser” em detrimento do “ter”⁵, os direitos fundamentais passam de um enfoque estritamente negativo, cuja noção se fundava na liberdade exercida contra os poderes e atuação do Estado, a uma compreensão também prestacional, ensejando conduta positiva de efetiva implementação dos direitos, no sentido de promover a dignidade da pessoa humana. Em tal contexto:

O reconhecimento da possibilidade de os direitos fundamentais operarem sua eficácia nas relações interprivadas é, talvez, o cerne da denominada constitucionalização do Direito Civil. A constituição deixa de ser reputada simplesmente uma carta política, para assu-

⁴ MIRANDA, Jorge. O Homem e o Estado: direitos do homem e democracia. In: **Revista Interesse Público** nº 1. Porto Alegre: Editora Notadez, 1999, p. 80.

⁵ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.101.

*mir uma feição de elemento integrador de todo o ordenamento jurídico - inclusive do Direito Privado. Os direitos fundamentais não são apenas liberdades negativas exercidas contra o Estado, mas são normas que devem ser observadas por todos aqueles submetidos ao ordenamento jurídico. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas se torna inegável, diante da diluição de fronteiras entre público e privado*⁶.

Nesse sentido, Lenio Luiz Streck aponta para a noção de “constitucionalismo compromissório e dirigente”⁷, responsável pela inserção, na Constituição, de assuntos anteriormente disciplinados de modo exclusivo pela seara privada do Direito. O autor também alerta para aspecto importante acerca da abrangência da “Constituição dirigente”, qual seja: “[...] a vinculação do legislador aos ditames materiais da Constituição, pela exata razão de que, nesse contexto, o Direito continua a ser um instrumento de implementação de políticas públicas [...]”.

Oportuno salientar que, não em menor medida, dá-se, igualmente, a vinculação do juiz e do administrador público enquanto intérpretes e concretizadores de tais preceitos. Enfim, trata-se das funções do Estado, e de órgãos e agentes por meio dos quais o ente abstrato se pronuncia e se realiza, acatando o Direito. Nessa perspectiva, consigne-se que:

*Novamente, é na Constituição que se recria o Estado de Direito, agora qualificado como social, de bem-estar, sem que se descure da importante herança das garantias do período anterior. No domínio econômico, o Estado passa a intervir direta ou indiretamente na produção, circulação e distribuição de riquezas, tentando refrear a tendência oligopolista do capitalismo avançado. No domínio social, a ordem jurídica proclama os direitos coletivos e sociais, o Estado é convocado para empreender políticas públicas para promover a concretização dos direitos individuais e sociais que não interessam ao mercado [...]*⁸.

A propósito, Ingo Wolfgang Sarlet registra que a atual Constituição brasileira está mais próxima de um “modelo constitucional dirigente” do que do tipo “moldura” ou “quadro”, o que representa, nas palavras do autor, “limites mais acentuados à liberdade de conformação do legislador e da administração pública [...]”⁹.

⁶ *Ibidem*, p.100.

⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica e aplicação do direito: os limites da modulação dos efeitos em controle difuso de constitucionalidade - o caso da lei dos crimes hediondos*. In: **Constituição, sistemas sociais e heremênutica** - Programa de pós-graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado - Anuário 2006, n.3, p. 108.

⁸ RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.13-14.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro*. In: MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs). **Direitos fundamentais e Direito Privado**: uma perspectiva de direito comparado.

De fato, não poderia ser diferente. O contexto uno implementado por meio do sistema jurídico, cujo ápice é a Constituição, a exemplo do que ocorre com o Brasil, em oposição à estrutura dicotômica do passado, retrata harmonia e convergência de disciplina, valores, interesses e bens jurídicos tutelados, passando a exigir, dessa forma, um universal acatamento em conformidade com os ditames Constitucionais. Dito de outro modo, sem espaço para espécie alguma de blindagem, nada fica à margem do norte determinado pela Constituição, por meio de seus princípios, regras e valores. Eis a supremacia da Carta Constitucional e a unidade do sistema.

Nessa esteira, releva citar o pensamento de Julio Cesar Finger, segundo o qual:

Como corolário dessa supremacia, entende-se que a Constituição exige que todos os atos praticados sob a sua égide a ela se conformem, sob pena de inexistência, nulidade, anulabilidade ou ineficácia (princípio da constitucionalidade) [...]»¹⁰.

Especificamente no exemplo do Brasil, há que se ter em mente toda a evolução que representa o texto constitucional, promulgado em 5 de outubro de 1988, instituindo o Estado Democrático de Direito, em especial - e talvez por isso mesmo -, porque se emergia de, aproximadamente, duas décadas de regime militar.

Exatamente em razão do passado que deixou um legado de máculas na história da humanidade - e seguindo aquele raciocínio que se mencionou acima, acerca das crises que antecedem às grandes conquistas em torno da pessoa humana -, o legislador-constituente de 1987/88 desceu a detalhes no elenco de direitos, liberdades e garantias da pessoa humana, com o fim precípuo de evitar o retrocesso da violação, nada obstante toda a evolução já conquistada.

Registre-se, a propósito, que, não por acaso, um dos importantes fatores que moveu legislador-constituente de 1987/88 a proceder dessa forma foi a “desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional”¹¹, no sentido de proteger a vida e a dignidade da pessoa humana, com suas fragilidades peculiares e valores inerentes, contra eventuais tentativas de

Coimbra: Almedina, 2007, p.124.

¹⁰ FINGER, Julio Cesar. Constituição e Direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.94.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.65.

aviltamento¹² - notoriamente pelo ente estatal - seja por ação, seja por omissão. Exemplo mais significativo desse “estado de espírito” que inspirava tal processo constituinte fora a instituição das cláusulas pétreas, contidas no artigo 60, parágrafo 4º da atual Carta Constitucional, que veda modificação, no texto constitucional, tendente a abolir - entre outros - os direitos e as garantias individuais.

Outro elemento que não deve ser olvidado, em razão da sua importância ímpar no contexto, do qual se faz não só integrante como também norteador, é o preâmbulo da Constituição Federal de 1988, extremamente compromissário e eloquente o suficiente para retratar, em linhas gerais, a importância e a extensão da hierarquia de valores, indiscutivelmente, traçada a partir de então, onde se lê:

Nós, integrantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Com efeito, Paulino Jacques¹³ atenta para o conteúdo principiológico e enunciativo do preâmbulo da Carta Constitucional, nos sentidos político, filosófico e religioso que a integram. Aduz o autor:

[...] Evidentemente, não será legítima a interpretação ou a aplicação de qualquer artigo da Constituição ou de lei ordinária que colida com o preâmbulo, ou que o ponha de lado, porque ele contém os princípios informadores do estatuto supremo, que está embebido desses princípios, como a esponja do líquido a que a mergulham¹⁴.

Na verdade, todo esse contexto “ideal” protetivo criado (ou prometido), evidentemente, requer enfrentamento de modo harmônico¹⁵. Por outro lado, sabe-se que, não obstante todas as precauções de que se cercou o legislador-constituinte de 1987/88, no próprio texto original, não raras vezes, o intérprete - notadamente o administrador e

12 Nesse sentido, o autor refere à “proteção reforçada contra a ação erosiva do legislador”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.73.

13 JACQUES, Paulino. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.137.

14 *Ibidem*, p.138.

15 Princípio da unidade da Constituição. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 41.

o julgador - depara-se com conflitos entre normas produzidas ou com lacunas, situações essas que deverão ser solucionadas dentro desse mesmo sistema e com os recursos que ele próprio oferece. Trata-se de cumprir a tarefa de concretizar o *princípio da máxima efetividade*¹⁶, de modo a otimizar a eficácia da Constituição, implementando os direitos, liberdades e garantias por ela outorgados. Impõe-se essa realização também como necessidade de responder, no sentido de prestar contas à sociedade para a qual foram feitas as “promessas” de um novo mundo, um novo Estado, agora constitucional. Diante disso, para tornar mais próxima e possível a concretização desse ideal - e para não restar vazio o sentido de supremacia da Carta de 1988 -, foram criados instrumentos ou mecanismos viabilizadores, a exemplo do controle de constitucionalidade.

Com efeito, uma vez que existe uma Constituição que é **foco de validade**¹⁷ de todo o ordenamento jurídico do país, ou seja, ápice do sistema, sobrepõe seus princípios, regras e valores a todo e qualquer outro dispositivo que estiver abaixo dela. Frise-se, isso porque se trata de um sistema no qual há supremacia da Constituição.

Entretanto, para proteger esse sistema quanto às inevitáveis conflituosidades entre seus múltiplos elementos, deve haver também meios eficazes, de modo a possibilitar que ele opere de forma harmônica, ou seja, a integralidade do conjunto propiciando a concreção dos princípios e objetivos constitucionais do Estado Democrático de Direito, por conseguinte, afastando elementos desfavoráveis, por exemplo, a aplicação e a vigência de textos que representem óbice - material ou formalmente - à implementação dos direitos, liberdades e garantias outorgados pela Lei Maior. Daí porque o controle de constitucionalidade (como mecanismo coadjuvante do modelo constitucionalista atualmente adotado) reflete mais uma das preocupações do legislador-constituente em imprimir um caráter seriíssimo e de efetiva defesa e promoção, nos moldes em que o Pacto Constitucional anuncia, bem como a respectiva concretização da sua própria intangibilidade, a exemplo das citadas cláusulas pétreas. Por isso a importância de se mencionar e rememorar.

2 Expansão de eficácia do comando constitucional

Em esclarecedora abordagem acerca do tema “novo direito constitucional”, Luís Roberto Barroso¹⁸ atenta para um conjunto de fenômenos integrantes do movimento de constitucionalização do direito, dos quais destaca: I - Formação do Estado Constitucional de Direito; II - pós-positivismo, com enfoque especial para os direitos fundamentais e a

¹⁶ *Ibidem*, p.140.

¹⁷ Nesse sentido, ver “norma fundamental” In: BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10.ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p.58 e ss.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: **Revista Interesse Público nº 33**. Porto Alegre: Editora Notadez, 2005, p.23-24.

reaproximação entre direito e ética; III - força normativa irradiante da Constituição.

No que diz com a “força normativa irradiante da Constituição”, ou “efeito irradiante dos direitos fundamentais sobre o direito privado”¹⁹, vale tecer alguns comentários quanto à sua origem. Fala-se do caso Lüth²⁰, ocorrido na Alemanha, na década de 1950. Naquela oportunidade, o Tribunal Constitucional Federal alemão admitiu a aplicação da Constituição em relação entabulada por particulares e, por isso, regida, inicialmente, pelas regras do Código Civil.

No Brasil, por motivos já referidos acima, o assunto “constitucionalização do direito”, bem como os fenômenos daí decorrentes, só passaram a ter relevância a partir de 1988, depois que a história teve oportunidade de registrar o processo constituinte de 1987/88, que redundou em uma Constituição nos moldes da que se vivencia agora, contemplando: (1) mecanismos controladores necessários à concretização daquilo que fora projetado e depois promulgado, como conquista resultante de árduo trabalho; (2) instrumentos viabilizadores da efetivação dos direitos, liberdades e garantias outorgados, em especial, dos direitos fundamentais da pessoa humana.

A partir dessa nova perspectiva norteadora, evidentemente, altera-se o funcionamento e direcionamento de todas as atividades do aparato estatal, comprometendo o ente público em todas as esferas, no sentido de que deverá “trabalhar” para servir de instrumento materializador dos ideais proclamados, notadamente, quanto aos fins e objetivos constitucionais a serem alcançados por este Estado de bem-estar social, em especial, confrontando-se com a figura do antigo e perverso “Estado de não-direito”, com objetivos próprios e hostis aos valores da pessoa humana. Aliás, vale lembrar, nem tão antigo assim, uma vez que se fez realidade da vida das pessoas até muito pouco tempo atrás e, indo mais longe, ainda deixa resquícios no presente, como se terá oportunidade de abordar ao longo desta exposição.

De toda sorte, instituiu-se, com o Estado então inaugurado, também um novo sistema regente que - frise-se - abarca e norteia todas as searas do Direito, logo, a vida e a sua universalidade de manifestações e relações. Com essa estrutura, resta, indiscutivelmente,

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.125.

²⁰ Uma das questões que ficou esclarecida na decisão proferida na Reclamação interposta por Lüth é que os juízes cíveis podem violar direitos fundamentais quando desconsiderarem sua irradiação sobre o âmbito do Direito Civil e, especificamente nesses casos de violação a direitos fundamentais o TCF procederá revisão das decisões. Ver mais detalhes em: MARTINS, Leonardo (org.). **Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2005, p.381 e ss.

consolidado que a Constituição Federal se constitui em foco de validade de todo esse complexo sistema jurídico brasileiro, integrado por alguns elementos - não estritamente textos de leis e não exclusivamente conteúdo positivado - que, por sua vez, ostenta, no topo da estrutura, o princípio da dignidade da pessoa humana, seguido de outros tantos bens e valores, igualmente primordiais, explícitos ou implícitos, a exemplo dos subjacentes a uma estrutura de Estado Democrático de Direito.

Impõe consignar-se, nesse quadro, e para melhor visualizar a “unidade” do aparato normativo, o entendimento de Juarez Freitas, acerca de o que seja “sistema jurídico”:

[...] entende-se apropriado conceituar o sistema jurídico como 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 lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição²¹.

Pois, vale repetir, o valor máximo (o que não significa dizer, necessariamente, único²²) da “rede axiológica e hierarquizada” do Estado brasileiro, instituído com a Constituição Federal de 1988, é o princípio da dignidade da pessoa humana.

Seguindo essa linha de raciocínio, Luís Roberto Barroso atenta para uma conotação mais recente da expressão “constitucionalização do direito”, diversa daquela que significava supremacia da Constituição. O autor acrescenta que:

A idéia de constitucionalização do direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: reper-

21 FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p.54.

22 Aduz-se tal ressalva para registrar a importância de se cultivar cada vez mais o respeito pela dignidade da vida na sua diversidade de expressões, bem como a necessidade de se rechaçar, veementemente, o radicalismo do antropocentrismo que redundava em um utilitarismo, este sim, abominável. Nesse sentido de ampliação do espectro da ética e do respeito à vida, ver: SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. *In: Revista Direito Público*, ano V, n.19, jan.-fev./2008, p.13.

*cute, também, nas relações entre particulares [...]*²³.

Por seu turno, Canotilho salienta a superioridade do Direito Constitucional que impõe limites ao legislador no que diz com o núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias tutelados. Segundo o autor:

*A constitucionalização dos direitos revela a fundamentalidade dos direitos e reafirma a sua positividade no sentido de os direitos serem posições juridicamente garantidas e não meras proclamações filosóficas, servindo ainda para legitimar a própria ordem constitucional como ordem de liberdade e de justiça. Uma outra dimensão deve, porém, ser revelada: não basta a consagração de direitos numa qualquer constituição. A história demonstra que muitas constituições ricas na escritura de direitos eram pobres na garantia dos mesmos. As constituições de fachada, as constituições simbólicas, as constituições álibi, as constituições semânticas, gastam muitas palavras na afirmação de direitos, mas pouco podem fazer quanto à sua efectiva garantia se os princípios da própria ordem constitucional não forem os de um verdadeiro Estado de direito. Isso conduz-nos a olhar noutra direcção: a dos princípios, bens e valores informadores e conformadores da juridicidade estatal*²⁴.

A partir desse contexto de constitucionalização do direito, em especial no que se refere ao Direito Civil, Direito e Estado convergem no mesmo sentido de superação da dicotomia público/privado, fundada na solidariedade²⁵ e em favor da dignidade da pessoa humana. Impõe-se ilustrar tal evolução do constitucionalismo brasileiro com a função social que a Carta Constitucional de 1988 atribuiu a institutos antes integralmente regidos por normas de Direito Privado. São eles: contrato²⁶, família²⁷, propriedade e posse²⁸, empresa²⁹ e responsabilidade civil³⁰.

Com isso, a própria titularidade, frente a esses institutos ou instituições, resta condicionada a um ônus que deve ser honrado, não mais representando uma absoluta liberdade

23 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: **Revista Interesse Público** nº 33. Porto Alegre: Editora Notadez, 2005, p.24-25.

24 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva Publicações Ida, 1999, p.56-57.

25 FACCHINI NETO, Eugénio. A função social do Direito Privado. In: **Revista da AJURIS** nº 105, 2007, p.158-159.

26 *Ibidem*, p.162 e ss.

27 *Ibidem*, p.178-178.

28 *Ibidem*, p.178-183.

29 *Ibidem*, p.183-186.

30 *Ibidem*, p.186-188.

de fruição ou poder, como outrora ocorria, por exemplo, quanto à liberdade de contratar; ao pátrio-poder *versus* prioridade de tutela dos direitos da criança e do adolescente; uso da propriedade; objetivos e conseqüências da atividade desenvolvida pelo empresário - inclusive no que diz com as relações de trabalho e, por fim, ressarcimento às vítimas de danos sofridos, agora, levando em conta o efetivo prejuízo, independentemente de culpa do seu causador.

A partir dessas constatações (e para enfatizar a extensão universalizante da eficácia das normas constitucionais), resta clara a ideia de que “a separação rígida entre direito público e direito privado, e, por consequência, entre direito constitucional e direito civil, não se sustenta mais”³¹.

3 Poderes Estatais: um novo enfoque

Toda essa evolução conceitual e axiológica, sobre a qual se teve oportunidade de referir sucintamente neste estudo, tem propiciado numerosos e ricos debates bem como considerável produção científica, particularmente por conta dos cientistas do Direito que se debruçam a estudar e construir em torno dos direitos da pessoa humana, em especial daqueles que decorrem da sua dignidade.

Vale repetir que só foi possível se alcançarem tais resultados, acima de tudo, em razão do reconhecimento - pela seara jurídica - acerca das fragilidades e necessidades da pessoa humana³², e de quem importa, efetivamente, proteger a vida. Dito de outro modo, às instituições deve-se atribuir um cunho funcional, de servidão a favor da vida, e não o contrário. Não se pode conceber as pessoas como objeto de subjugação (a coisificação abominada por Kant) em hipótese alguma, mais ainda decorrente da frieza inerente às instituições, notadamente quanto às estatais.

Fique claro que não se está a propalar ou alardear a rebeldia ou anarquia dentro do convívio social e frente ao Estado. Busca-se, sim, contribuir para o debate tendente a solidificar um (possível e) tardio acerto de hierarquização de bens e valores que tanto custou (e custa) para a humanidade, assim como um reposicionamento que conduz o cidadão-

31 MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O Novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.84.

32 Igualmente, impõe lembrar que, ao mesmo tempo em que se percebe e reconhece todo esse universo de vulnerabilidade que cerca o ser humano, de outro lado, e paradoxalmente, da mesma forma profundo é o seu poder de destruição, quer contra o seu igual, quer contra a (sua mãe) natureza, constituindo-se, com isso, em constante ameaça inclusive contra ele próprio, fazendo-se assim vítima da própria tirania. Diante disso, pense-se sobre o que restará aos seres de menor força: os indefesos que partilham deste mesmo “lugar de encontro”?

contribuinte ao seu devido lugar de titular, e reduz a (antiga) autoridade também ao seu verdadeiro lugar de servidor, remunerado para administrar, com eficiência e da melhor forma constitucional, o patrimônio e as finanças alheias, com os rigores e a seriedade que tal incumbência exige.

Avançando um pouco mais, evidente que se está a referir a “vida” na grandiosidade (pelo menos, mínima) que a palavra expressa, ou seja, contemplando condições, bens e recursos que permitam desfrutar de um bem-estar, de uma qualidade que a torne, em boa medida, prazerosa, exatamente em linha oposta de direção da “luta pela sobrevivência”.

Neste ponto, oportuno registrar que, ao se focar o valor “vida” não se pretende única e exclusivamente abranger a vida humana de forma sobreposta às demais ou ao meio (ambiente) onde ela se desenvolve. A propósito, propõe-se que a melhor interpretação seja exatamente a holística, cuja vertente encontra fundamento no artigo 225 da Carta Constitucional de 1988, em cujo *caput* se lê:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à saída qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (grifou-se)³³

Pois bem, nesse ambiente (vivo e inclusivo) onde germinam e se desenvolvem as mais diversas formas de vida, que é o valor propulsor, fundante, legitimador e fundamental, tem-se o Estado, a seu serviço, como um “mecanismo” viabilizador das realizações que conduzam (ou que caminhem) no sentido da plenitude, da felicidade dos seres, que talvez seja utópica, enquanto debaixo do horizonte do “agora”, mas que, por isso mesmo, deve continuar sendo incessantemente buscada, notadamente nas construções científicas dos (sonhadores) “investidores” do futuro.

Pois diante de todo esse cenário, emerge a necessidade de normatizar a “funcionalização” da máquina estatal e as relações envolvendo o ente público, enfim, regular como deve funcionar toda a imensa e complexa estrutura que compreende o aparato estatal, vivificado por meio dos servidores públicos. E a área do direito fundamental-

33 Sem se proceder a qualquer aprofundamento, por não se constituir em objeto deste estudo, mas apenas com o intuito de se lançar um questionamento, pondere-se: Partindo-se de uma visão holística de vida, qual seria a melhor interpretação para o vocábulo “Todos”, inserido no *caput* do artigo transcrito? Estaria refletindo titularidade de direitos tão só para os seres humanos, ou abrangeria também os não humanos? Quer parecer que a vida, conforme uma abordagem holística, inevitavelmente rechaça uma concepção utilitarista que confere dignidade ou outorga proteção apenas para os humanos, enquanto há outros tão semelhantes em sofrimento, sensibilidade e necessidades?

mente incumbida dessa tarefa é o Direito Administrativo.

Nessa esteira, Juarez Freitas traz a seguinte “reconceituação” acerca do Direito Administrativo:

[...] como a rede de princípios e regras, disciplinadoras das relações jurídicas internas e externas da Administração Pública ou de quem delegadamente cumpra o seu papel. Dito de outra maneira, tal ramo passa a ser definido como o sistema que regula as relações jurídicas, internas e externas, da Administração Pública. Relações compreendidas como aquelas que se orientam não apenas por regras, mas pelo plexo sistemático dos princípios superiores (acima das regras), organicamente articulados e regentes da Administração Pública direta e indireta, de molde a respeitar e a fazer respeitar o primado dos objetivos e dos direitos fundamentais, notadamente do direito fundamental à boa administração pública.³⁴

A propósito do exposto, em especial no que diz com o dever, por parte da Administração Pública, de “respeitar e fazer respeitar o primado [...] dos direitos fundamentais”, cabe lembrar que Canotilho salienta que a “primeira função dos direitos fundamentais – sobretudo dos direitos, liberdades e garantias – é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado [...]”³⁵. Pois essa mudança de enfoque do Direito Administrativo (corolário natural das transformações ocorridas no modelo de Estado) enseja, igualmente, reflexos diretos na interpretação da estrutura normativa, pautada, agora, por uma hierarquia axiológica inovadora, na qual está inserido o universo principiológico norteador do Estado Democrático de Direito que a Constituição Federal de 1988 instituiu.

Nesse cenário, cumpre consignar, desempenham papel de destaque a atuação - notadamente como principais intérpretes - do administrador e do juiz, no sentido de honrar o Pacto, concretizando as prioridades lá ditadas, bem como as estabelecidas por tratados e convenções internacionais a que o Brasil tenha aderido ou venha a aderir, com especial ênfase para as matérias relativas a direitos humanos, na forma do § 3º do artigo 5º da Constituição e, fundamentalmente, plasmando uma perspectiva que se sobrepõe à estrita e iníqua literalidade de outrora. E nesse quadro, Geisa de Assis Rodrigues atenta para a “unidade do ordenamento jurídico”³⁶ como uma das principais características desse “novo” Estado, agora, de Direito.

Entretanto, se, por um lado, o texto constitucional promulgado em 5 de outubro de

³⁴ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.149-150.

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p.407.

³⁶ RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termos de ajustamento de conduta: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.10.

1988 não apaga o passado marcado por arbitrariedade na atividade estatal, de outro, tampouco transforma, por si só e de todo, a remanescente realidade de assimetrias e violações que continuam a conviver, ou seja, que inegavelmente fazem parte desse universo da vida real da era chamada “agora”. Muito ao contrário, desafia cada vez mais o cientista do Direito e a sociedade a trabalharem no sentido de tornarem efetivas as promessas que a “Constituição Cidadã” anuncia.

A partir dessas perspectivas, observa-se a extrema preocupação do legislador-constituente de 1988 em detalhar direitos da pessoa humana e priorizar o comprometimento do Estado com a defesa e promoção efetiva dos direitos, em especial no que diz respeito aos direitos fundamentais.

4 Dos balizadores impositivos

O fato é que se impõe ao agente estatal um “agir”, pelo menos, nas mesmas proporções das modificações conquistadas, já que a inoperância, dentro do atual contexto constitucional, é de todo reprovável. Aliás, esse dever de observância ao sistema normativo vigente subordina todos os que integram os universos jurídico e político deste Estado. E isso só se pode dar a partir de uma vinculação absolutamente fiel aos ditames constitucionais, ou seja, aos princípios, regras e valores da Constituição. Até porque não há como conceber como legítima qualquer atuação da Administração Pública (e de ninguém) que afronte, seja por ação, seja por omissão, as normas constitucionais³⁷.

À sociedade, por seu turno, como parte integrante e de participação indispensável num Estado Democrático, incumbe tomar consciência do contexto social, jurídico e político do meio onde está inserida, ou, melhor dito, de cujo meio se faz elemento constituinte primordial, com acesso à informação suficiente a lhe permitir participação efetiva, conhecimento de direitos, deveres e respectivas titularidades, para que possa fiscalizar, em especial, a administração das finanças e do patrimônio que é seu.

Nessa medida, as relações envolvendo a Administração Pública só se podem desenvolver condicionadas e direcionadas pelos princípios, regras e valores constitucionais, e sempre vinculadas, principalmente, aos direitos fundamentais. Com isso, não restam espaços para governantes movidos por interesses pessoais, partidários ou contingenciais em detrimento dos legítimos interesses do cidadão-contribuinte³⁸.

37 MELO, Lígia. Novas perspectivas para o Direito Administrativo: a função administrativa dialogando com a juridicidade e os direitos fundamentais sociais. In: **Revista Interesse Público nº 43**, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p.134.

38 Para ilustrar a transformação de paradigmas conquistada no Direito Administrativo conta-se com um elenco infindável de decisões proferidas pelos Tribunais do Brasil. Para cumprir o que se pretende, por ora, consignam-se as seguintes: Tribunal de Justiça do Ceará. Rel. Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha – 1ª Câmara Cível – Mantém

Contudo, há que se ter cuidado com os conceitos equivocados do passado, ou melhor, situações que só se prestavam para “legitimar” (como se isso fosse, de fato, possível) as maiores arbitrariedades. A melhor ilustração parece ser a alegação de “supremacia do interesse público sobre o privado”, a chancelar um alto grau de “decisionismo” por parte dos poderes. Nesse sentido, vale acrescentar:

É certo que, em casos-limite, é possível o sacrifício do interesse individual em função do interesse coletivo. Mas exatamente em razão do maior peso ao sacrifício do direito, é fundamental exigir-se a devida justificação para que a medida possa ser implementada no contexto do Estado Democrático de Direito. É preciso que o velho princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular sofra um processo de interpretação conforme a Constituição, a fim de que as garantias individuais e sociais não sejam desconsideradas. A idéia de oposição entre interesse público e privado há de ser substituída pela idéia de complementaridade. Ambos constituem-se bens igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico. Na hipótese de conflitos entre eles, a solução será dada pelo método da ponderação³⁹.

Juarez Freitas⁴⁰, ao abordar o interesse público como princípio normatizador do Estado-Administração, consigna sua estreita relação com a proteção da dignidade da pessoa humana, tanto a levando em conta apenas como parte integrante da sociedade, quanto como pessoa individualmente considerada, já que é ao desenvolvimento da pessoa que serve o Estado-Administração. Diante disso, assevera o autor:

A Administração Pública, de conseguinte, goza de prerrogativas não propriamente por supremacia, mas por legitimidade funcional e de natureza institucional, por assim di-

decisão que anulou ato do ex-secretário de Saúde de São Gonçalo do Amarante – servidora, aprovada em concurso público para a função de auxiliar de enfermagem, surpreendida com portaria determinando que fosse lotada na Secretaria de Administração e Finanças, impetra Mandado de Segurança alegando que tal determinação seria movida por perseguição política, já que ela filiara-se a partido da oposição e havia planejado candidatar-se ao Legislativo Municipal. O então secretário alegou “necessidade e conveniência administrativa e operacional”. Em 1ª e 2ª instância foi julgado procedente o MS. Nas palavras do Rel.: “O desvio de finalidade pode ser constatado de forma objetiva, não havendo a mínima razoabilidade na atitude de se transferir uma servidora ocupante de cargo de auxiliar de enfermagem e colocá-la na Secretaria de Administração e Finanças, em total menoscabo às aptidões técnicas da autora desta ação”.

TRT-4ª Região – Proc. nº 0000011-36.2010.5.04.0521 - Rel. Ricardo Tavares Gehling – empregado público, diante da impossibilidade de cumular emprego com cargo público, exonerou-se para tomar posse em cargo cujo concurso público fora posteriormente anulado, deve ser reintegrado em razão dos princípios da boa-fé objetiva, segurança jurídica e proteção da confiança.

39 SCORSIM, Ericson Meister. O processo de evolução do Estado, da Administração Pública e do Direito Administrativo. In: **Revista Interesse Público nº 42**. Porto Alegre: Notadez, 2007, p.138.

40 FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.54.

zer. Nessa ótica, gradativamente precisam ser revistas, sem arrogância, várias técnicas de controle, porque se faz indispensável reconhecer que a Administração resulta tão ou mais da consolidação dos direitos fundamentais. Dito de outro modo, indispensável mudar o caldo de cultura que permite ao Estado-Administração despontar, não raro, como bizarro usurpador do Direito, por exemplo, ao deixar de honrar compromissos ou ao lesar as expectativas de seus contratados. O próprio administrador apenas se legitima se agir como defensor de interesse que o transcende como vontade particular. Fora disso, será apenas uma tentacular engrenagem da máquina de domínio ou de opressão⁴¹.

Nessa mesma linha de raciocínio, e abordando o poder de polícia administrativa frente às substanciais mudanças que determinam priorização dos direitos fundamentais, Juarez Freitas alerta que o “poder existe para os direitos, não o contrário”, nada obstante admitir a possibilidade de restrições aos direitos fundamentais, que não ostentam caráter absoluto. E segue o autor:

No Estado Democrático, a prática do poder vincula e responsabiliza, eis que os direitos fundamentais não se afiguram singelas ou estritas expressões de contrapartida dos direitos atribuídos ao Poder Público: configuram autênticos direitos legitimadores, por assim dizer, do Estado. Por isso, nas relações de Direito Administrativo, os direitos fundamentais devem ser precipuamente promovidos e preservados com seriedade. Quer dizer, sacrifícios razoáveis, por boas razões, mostram-se até admissíveis, contanto que não resultem do arbítrio (por ação ou omissão), supostamente “legalizado” pela ordem vigente. Dessa maneira, desde que afetados os direitos fundamentais, por atos omissivos ou comissivos, cogente a pronta compensação e a imediata cessação da prática nociva ou ameaçadora⁴².

Como bem se pode perceber, há um entrelaçamento que faz indissociáveis conceitos, valores, institutos, instituições, de tal sorte que, tal qual acontece com atos sincronizados, qualquer etapa deficitária não deve ser considerada como se fosse um compartimento isolado e independente, porque efetivamente contamina o todo, comprometendo o resultado final. De outro lado, se se trata de uma universalidade que “anda junto”, igual harmonia deve pautar os seus fundamentos e o norte das atividades em geral, abrangendo todos os poderes, em consonância com os elementos impulsionadores e finalísticos da evolução conquistada.

A propósito, releva aduzir que, segundo Seabra Fagundes⁴³, o Estado reparte sua ati-

41 *Ibidem*, p.60.

42 FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.186-187.

43 FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.4-5.

vidade em três funções para concretizar seus fins, quais sejam, legislativa, administrativa e jurisdicional, respectivamente distribuída por órgãos denominados Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. O autor diz que são **três fases** da atividade estatal que se completam (grifou-se). Nessa esteira, partilha o entendimento de Duguit, para quem Montesquieu jamais teria usado a expressão “separação de poderes”.

Ocorre que a partir das divergências de interpretação nesse sentido, muitos entraves vêm sendo causados na implementação de direitos constitucionalmente outorgados, de baixo da objeção de que o Poder Judiciário não deve invadir seara do Poder Executivo, notadamente no que diz com políticas públicas, sob pena de (pretensamente) incorrer em usurpação. Mais especificamente:

O controle jurisdicional se exerce por uma intervenção do Poder Judiciário no processo de realização do direito. Os fenômenos executórios saem da alçada do Poder Executivo, devolvendo-se ao órgão jurisdicional. É o que Goodnow denomina “execução da vontade do Estado por via judiciária”. A Administração não é mais órgão ativo do Estado. A demanda vem situá-la, diante do indivíduo, como parte, em condição de igualdade com ele. O Judiciário resolve o conflito pela operação interpretativa e pratica também os atos conseqüentemente necessários a ultimar o processo executório. Há, portanto, duas fases, na operação executiva, realizada pelo Judiciário. Uma tipicamente jurisdicional, em que se constata e decide a contenda entre a Administração e o indivíduo. Outra formalmente jurisdicional, mas materialmente administrativa, que é a da execução da sentença pela força⁴⁴.

O que releva, efetivamente, é honrar o Pacto firmado em 1988, priorizando a defesa e a promoção de tudo o que o seu conteúdo enuncia. E a principiologia elencada, juntamente com a implícita, fazem-se instrumentos indispensáveis para uma releitura e interpretação tendente ao cumprimento de tão elevado e supremo desiderato.

Para tanto, cabe verificar a necessidade de (re)conceituar os elementos básicos que compõem a própria noção de Estado, o sistema tripartite, e dar destaque para o fenômeno da jurisprudencialização das políticas. Como bem lembra Kelsen, a busca por uma Teoria do Estado significa compreender sistematicamente a realidade com uma relação específica que abranja todos os que fazem parte do Estado, principalmente, e, sobretudo, os cidadãos, que agem diretamente na formação da realidade do Estado⁴⁵.

⁴⁴ FAGUNDES, Scabra. **O controle dos atos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.105-107.

⁴⁵ GUERRA, Sérgio. Crise e refundação do princípio da legalidade - A supremacia formal e axiológica da Constituição Federal de 1988. In: **Revista Interesse Público nº 49**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.122.

Dessa forma, e para melhor ilustrar, uma vez que a Constituição elencou⁴⁶, nos artigos 37 e 70, exemplificativamente, princípios que devem ser observados pela Administração Pública, cabe enfatizar que qualquer conduta do administrador que se afaste ou viole um dos princípios, exatamente por estar em desajuste com o (indivisível com)plexo normativo, desconcertando o andamento e o funcionamento do sistema ditado pelo Pacto Constitucional, gera uma patologia dentro do Estado Democrático de Direito que, por conseguinte, deve ser amplamente avaliada, sindicada e reparada, considerando-se de extrema gravidade quando redundar em lesão ou aniquilamento de qualquer direito, liberdade ou garantia constitucional.

Lígia Melo registra que a atuação da Administração Pública está “impregnada pelos princípios e regras descritos na Constituição” e que os comandos legais dirigidos ao administrador devem guardar perfeita harmonia com as normas maiores. A autora aduz:

À Administração cumpre, através de seus órgãos, entidades e delegatários, realizar e permitir a realização dos direitos fundamentais sociais, na perspectiva democrática em que está fundado o Estado brasileiro. Pois a burocracia institucionalizada tem como objetivo a procedimentalização da gestão administrativa, organizando e coordenando suas ações, para que haja diálogo justo e equânime entre a administração e o cidadão⁴⁷.

E segue:

A função administrativa, seja no exercício do poder de polícia, nos atos discricionários, na prestação de serviço público, nas atividades de fomento e na intervenção econômica, tem como dever proteger e implementar, de forma eficaz, medidas protetivas e promocionais à realização dos direitos, seja a demanda individual ou coletiva⁴⁸.

Vanice Lírio do Valle⁴⁹, por seu turno, aponta para a sobreposição do valor “pessoa humana” e a funcionalização do Estado, em especial, do Estado-Administração, que deve pautar sua atuação dentro dos limites finalísticos que o legitimam, a partir do compromisso com os direitos fundamentais, logo, ditados pelas ordens constitucionais de cada Estado. De acordo com a autora, nessa perspectiva, o cidadão, outrora passivo, subjugado

⁴⁶ Importante esclarecer que o elenco dos artigos 37 e 70 é meramente exemplificativo, não excluindo outros princípios explícitos ou implícitos.

⁴⁷ MELO, Lígia. Novas perspectivas para o Direito Administrativo: a função administrativa dialogando com a juridicidade e os direitos fundamentais sociais. In: **Revista Interesse Público nº43**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.126.

⁴⁸ *Idem, ibidem.*

⁴⁹ VALLE, Vanice Lírio do. Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno. In: **Revista Interesse Público nº 48**, Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.99-100.

à discricionariedade do administrador, ganha voz determinante e decisiva no contexto democrático do Estado Constitucional.

Ao fazer referência, especificamente, ao direito brasileiro, a autora⁵⁰ assevera que a eloquência do conteúdo dos princípios do artigo 37 da Constituição brasileira, por se projetarem na seara de direitos individual do cidadão, devidamente complementada e solidificada com a determinante do § 3º do mesmo artigo, refletem um direito fundamental de efetiva participação da pessoa na condução do patrimônio e das finanças públicas, tendendo para uma otimização da concretização dos interesses da coletividade. Isso, inquestionavelmente, retrata e insere no sistema democrático brasileiro o direito fundamental à boa administração pública, contido no artigo 41 da Carta de Nice.

Com efeito, Juarez Freitas aponta para um Estado de discricionariedade legítima que idealiza e materializa o *direito fundamental à boa administração pública*, caracterizado nos seguintes termos:

*[...] trata-se do direito fundamental à boa administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas, a tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.*⁵¹

O fato é que as diretrizes que formam o contexto (ideal), norteador da realidade de convivência das pessoas com o Estado e das pessoas entre si, foram lançadas com a promulgação do texto constitucional, ocorrida em 5 de outubro de 1988. Entretanto, isso, por si só, não afasta conflitos e violações de toda sorte aos direitos, liberdades e garantias prometidos. Não é o fato de se ter uma Constituição, a exemplo da brasileira, protetiva e compromissária, no sentido de outorgar e prever de modo analítico essas situações, que restará tudo resolvido e pacificado.

Sérgio Guerra⁵² refere ao caráter de “mero favor” que é atribuído à concretização dos direitos básicos bem como ao esquecimento de que tais normas não têm cunho programático, mas são de aplicabilidade imediata. Entretanto, a atual realidade contemplada, seja da

50 *Ibidem*, p. 102.

51 FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007, p.20.

52 GUERRA, Sérgio. Crise e refundação do princípio da legalidade - A supremacia formal e axiológica da Constituição federal de 1988. In: **Revista Interesse Público** nº 49, Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.131.

sociedade, seja da política, bem como as reservas orçamentárias, por exemplo, propiciam que o legislador e o administrador se afastem do cumprimento das determinantes constitucionais. E nessas circunstâncias, incumbe ao Poder Judiciário zelar pela concretização dos bens e valores tutelados pelo sistema. Dessa forma:

A realização eficaz dos direitos sociais é uma das questões mais discutidas nos dias atuais e, por conseqüência lógica, sua inefetividade é um dos maiores fatores na caracterização da crise do Estado contemporâneo, a realização de tais direitos visa à garantia de igualdade material, permitindo ao indivíduo não só o direito de sobrevivência, mas de integração completa na sociedade. Tem-se como definição máxima que de nada, ou pouco, adiante a positivação constitucional de um rol de liberdades sem a correspondente garantia de realização de um mínimo necessário para a vida humana.⁵³

Nessa perspectiva, a abordagem da Constituição e dos direitos, garantias e liberdades que ela outorga ou reconhece deve ser vislumbrada como um desafio-missão para todo aquele que se propõe a (uma vez investido em alguma função estatal) falar em nome do Estado-Constituição. Dito de outro modo, uma proposta que representa o passo inicial para uma longa, árdua e trabalhosa construção que exige desbravar novos caminhos e solidificar os já conquistados. Não há outra forma de se concretizarem as promessas anunciadas pela “Constituição Cidadã”.

E nessa trajetória de consolidação e edificação envolvendo os direitos da pessoa humana, debates, objeções, desconstruções de equívocos e reconstruções em torno dos direitos fundamentais e da verdadeira função (ou razão de ser) do ente estatal se fazem instrumentos primordiais para a efetiva realização do Estado Democrático e concretização da “Constituição Cidadã”.

Considerações finais

A humanidade, depois de percorrer longa trajetória de sofrimentos e embates, muito avançou na busca do reconhecimento de suas fragilidades e necessidades, bem como da proteção dos direitos, liberdades e garantias, que vêm ganhando cada vez mais espaço e importância frente às ciências e às estruturas que a circundam.

Com a proclamação, em especial a partir do segundo pós-guerra, de constituições e edição de textos normativos nacionais e internacionais, a dignidade e os direitos da pessoa humana – particularmente os fundamentais – passaram a ostentar prioridade máxima e se cons-

tituírem em objetivo superior junto aos entes estatais. E evolui-se a tal ponto que já se fala em relativização da soberania em nome da prioridade do sujeito (objeto) principal de tutela.

Nessa perspectiva, muito embora reflexos mais remotos no cenário mundial, eis que, no Brasil, a marca da libertação do autoritarismo estatal e o reconhecimento da relevância de tais bens e valores só lograram conquistar-se com a proclamação da Constituição Federal de 1988, notadamente porque demarca o fim de duas décadas de regime militar. O fato é que, então, plasma-se um mundo jurídico ideal, contemplando uma hierarquia axiológica e protetiva nunca antes vivenciada.

Entretanto, no outro lado existe ainda uma realidade que insiste em remanescer ranços de um passado de sombras, perpetuando, na vida dos excluídos desse portentoso sistema “prometido”, as nódoas da indiferença que conduzem ao retrocesso para um cenário a que não se quer mais assistir. Daí a importância de cultivar o debate que constrói e consolida os caminhos para a concretização dos ideais que moveram os sonhadores e desbravadores do movimento de constitucionalização do direito.

Referências bibliográficas

- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *In: Revista Interesse Público nº 33*. Porto Alegre: Editora Notadez, 2005.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10.ed. (Trad. Maria Celeste C. J. Santos) Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Edições Almedina, 2003.
- _____. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva Publicações Ida, 1999.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do Direito Privado. *In: Revista da AJURIS nº 105*, 2007.
- FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre:

Livraria do Advogado, 2006.

FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FINGER, Julio Cesar. Constituição e Direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

GUERRA, Sérgio. Crise e refundação do princípio da legalidade - A supremacia formal e axiológica da Constituição federal de 1988. *In*: **Revista Interesse Público nº 49**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

JACQUES, Paulino. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

MARTINS, Leonardo (org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Montevideú: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2005.

MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O Novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MELO, Lígia. Novas perspectivas para o Direito Administrativo: a função administrativa dialogando com a juridicidade e os direitos fundamentais sociais. *In*: **Revista Interesse Público nº43**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. O homem e o Estado: direitos do homem e democracia. *In*: **Revista Interesse Público nº 1**. Porto Alegre: Editora Notadez, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1998.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termos de ajustamento de conduta:** teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. *In:* MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs). **Direitos fundamentais e Direito Privado:** uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição concretizada:** construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. *In:* **Revista Direito Público**, ano V, n.19, jan.-fev./2008.

SCORSIM, Ericson Meister. O processo de evolução do Estado, da Administração Pública e do Direito Administrativo. *In:* **Revista Interesse Público** nº 42. Porto Alegre: Notadez, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e aplicação do direito: os limites da modulação dos efeitos em controle difuso de constitucionalidade - o caso da lei dos crimes hediondos. *In:* **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica** - Programa de pós-graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado - Anuário 2006, n.3.

VALLE, Vanice Lírio do. Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno. *In:* **Revista Interesse Público** nº 48. Belo Horizonte: Fórum, 2008.