



INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU
DIREITO CONSTITUCIONAL

CAROLINA SCHERER

O PAPEL DO PODER PÚBLICO NA PROTEÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Brasília – DF

2009

IDP - BIBLIOTECA	
Títulos	010928
Edición	
Año	08/02/10
Forma de Adquisición	

CAROLINA SCHERER

IDP - BIBLIOTECA

**O PAPEL DO PODER PÚBLICO NA PROTEÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Trabalho de monografia apresentado como requisito para obtenção do título no curso de pós-graduação lato sensu em Direito Constitucional, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Paulo Gonet Branco

Brasília – DF

2009

À minha mãe, Terezinha Knebel Scherer, meu porto seguro e grande incentivadora, ao meu companheiro, Francis Bicca, minha fonte de inspiração, de incentivo e de determinação, ao meu cunhado Ronald Bicca, exemplo de competência profissional e de pessoa; ao meu grande amigo, Boris, companheiro fiel e para todas as horas.

RESUMO

O presente trabalho demonstra o papel do Poder Público na proteção e concretização dos direitos fundamentais.

Quase todas as questões que giram em torno do tema direitos fundamentais são controvertidas, desde sua definição, seus titulares, a eficácia das normas que os tratam, o campo de atuação do poder público e seu limite, etc.

Não há uma definição precisa do que sejam direitos fundamentais, mas há um consenso na doutrina de que tais direitos assumem um caráter elevado, tanto que foram previstos constitucionalmente, e estão intimamente atrelados à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Podemos apontar como principais características dos direitos fundamentais: a universalidade; a historicidade; a inalienabilidade e indisponibilidade; sua constitucionalização; a aplicabilidade imediata; e sua capacidade de vincular o poder público.

O Poder Público, aqui representado pelos três Poderes de Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), é o principal destinatário das normas de direitos fundamentais, devendo não apenas proteger tais direitos contra abusos e arbitrariedades, mas também exercer ações positivas, com a finalidade de promovê-los e implementá-los.

O Constituinte instituiu os Poderes estatais para assegurar o Estado Democrático de Direito e justamente para proteger os direitos fundamentais dos cidadãos contra o próprio Estado ou contra particulares, que através das suas condutas ou omissões venham causar algum tipo de lesão a algum direito fundamental.

Os direitos fundamentais dependem muito da atuação dos Poderes Públicos para serem protegidos, garantidos e implementados. Assim, no tema concernente aos direitos fundamentais não se pensa mais somente em uma conduta abstencionista do Estado, mas, ao contrário, almeja-se uma postura ativa e concretizadora, principalmente em relação aos direitos sociais, chamados de 2ª geração.

Ambos os Poderes desempenham um importante papel em relação aos direitos fundamentais.

O Poder Legislativo deve desempenhar sua função típica de legislar, estabelecendo regras de proteção aos direitos fundamentais e criando mecanismos e condições para que os direitos fundamentais previstos constitucionalmente possam ser usufruídos, sendo sua atuação indispensável, principalmente, em relação àqueles direitos cuja norma constitucional que os trata possui eficácia limitada ou condicionada.

O Poder Executivo deve sempre buscar interpretar a legislação em prol dos direitos fundamentais e adotar condutas positivas que permitam o gozo de tais direitos por todos os cidadãos, ampliando sua atuação no campo das políticas públicas. Ademais, os serviços públicos prestados devem ser executados com zelo e responsabilidade pelo administrador, pois tais serviços é que dão acesso a muitas pessoas a direitos fundamentais básicos, como a saúde, a educação e a segurança.

O Poder Judiciário, por sua vez, vem assumindo, cada vez mais, um papel relevantíssimo no campo dos direitos fundamentais, sendo demandado quando os demais Poderes falham, seja na proteção ou seja na implementação de tais direitos. Referido Poder é quem protege e concretiza em última instância os direitos fundamentais, sendo sua atuação, em razão disto, muito criticada e polemizada, pois alguns entendem que há um excesso na sua

atuação, lesando o princípio da separação dos Poderes e causando conseqüências prejudiciais nos orçamentos dos entes públicos, tolhendo, assim, os direitos fundamentais de outros cidadãos.

ABSTRACT

The present work shows the role of the Public Power in the protection and fulfilment of the fundamental rights.

Almost all issues that evolve from the theme of fundamental rights are controversial due to the definition, the entitlement, the efficiency of the norms that apply to these rights, the scope of the Public Power and its limits, etc.

There is not a precise definition of what is fundamental rights but there is a consensus concerning the doctrine that such rights embody a high importance once they were constitutionally foeressen and are intimately attached to the realisation of the principle of human dignity.

We can point as the main characteristics of fundamental rights: the universality, the Podemos apontar como principais características dos direitos fundamentais: historical value, the in-alienability and unavailability; its constitutionalization the immediate application and its capacity to link itself to the public power.

The public Power here in represented by the three powers of the Sate (Executive, Legislative and Judiciary) is the main adreesee of the norms of fundamental rights, protectint the entitled against abuse and arbitrariness, but also to exert positive actions viewing promoting and implementing such rights.

The constitution legislators created the State Powers to assure the Democratic State of Rights and to protect the fundamental rights of the citizen against the State itself and the individuals, that through their atitude or their omissions come to cause some harm to any fundamental rights.

The fundamental rights highly depend on the action of the Publ;ic Power to be

protected, granted and implemented . So that concerning the theme of fundamental rights, the abstentionistic conduct of the State is not only thought but on the contrary it requires a more active and performing attitude specially in relation to the second generation rights.

Both Powers develop an important role in relation to the fundamental rights.

The Legislative Power must develop its typical function of legislate, establishing protection rules to the fundamental rights and create mechanisms and conditions, so that the fundamental rights, constitutionally foreseen can be enjoyed, being its action indispensable, mainly, in relation to those rights of which the constitutional rule that treats them has restricted and limited efficiency

The Executive Power must always search to interpret the legislation on behalf of the fundamental rights and adopt positive attitudes that allow the enjoyment of such rights by all citizens, extending their action in the field of public policies. Besides the offered public services must be performed with zeal and responsibility by the administrator as this service provides the proper fundamental rights such as health, education and safety.

The Judiciary Power, on its turn, is performing its highly relevant role in the field of human rights, being called when the other powers fail, whether in the protection or the implementation of such rights. The above referred Power is the one that protects and decide in the last instance the fundamental rights, and its role because of this is highly criticized and polemised as some understand that excesses are being committed by them which harm the principle of Power separation and causes damage to the public budgets and therefore reducing the rights of other citizens.

SUMÁRIO

1. Introdução.....	11
2. Capítulo 1 - Delimitação do Conceito de Poder Público.....	15
1.1 Poder Legislativo	18
1.2 Poder Executivo	20
1.2.1 Administração Pública em sentido estrito	21
1.3 Poder Judiciário	32
3. Capítulo 2 – Parte Geral dos Direitos Fundamentais	38
2.1 Histórico	38
2.2 Gerações de Direitos Fundamentais	40
2.3 Definição de Direitos Fundamentais	42
2.4 Características dos Direitos Fundamentais	53
2.5 Funções dos Direitos Fundamentais	57
2.6 Outros Direitos decorrentes do regime constitucional e dos tratados	65
2.7 Eficácia dos Direitos Fundamentais	66
2.8 Titularidade dos Direitos Fundamentais	69
2.8.1 Pessoa natural	72
2.8.2 Estrangeiros residentes e não residentes no país	72
2.8.3 Pessoa jurídica	80
2.8.4 Animais	82
2.8.5 Sujeitos passivos	83
4. Capítulo 3 O Papel do Poder Público na Proteção e Implementação dos Direitos Fundamentais	88
3.1 Atuação do Poder Legislativo.....	93
3.2 Atuação do Poder Executivo	102
3.3 Atuação do Poder Judiciário	106

5. Conclusão	116
6. Referências bibliográficas.....	119

INTRODUÇÃO

A área do Direito escolhida para efetuar o presente trabalho de monografia é o Direito Constitucional e o tema a ser estudado dentro deste ramo são os Direitos Fundamentais.

Em face da amplitude da matéria, que traz muitas questões relevantes e complexas, todas merecedoras de um estudo pormenorizado, optou-se por delimitar o tema para tratar especificamente do papel do Poder Público na proteção e implementação dos direitos fundamentais.

Para uma melhor compreensão do assunto, o trabalho fora dividido nos seguintes capítulos: 1) Delimitação do conceito de Poder Público; 2) Parte Geral dos Direitos Fundamentais; e 3) O papel do Poder Público na Proteção e Concretização dos Direitos Fundamentais.

Dentro dos Capítulos específicos sobre o tema pretende-se tratar de determinados assuntos, escolhidos em face da sua relevância e do interesse que despertam no meio acadêmico.

Assim, no Capítulo 1, referente à delimitação do conceito de Poder Público, será tratada a divisão dos Poderes de Estado pelo Poder Constituinte e as funções precípuas dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e serão trazidas informações, ainda, relativas ao funcionamento e composição destes Poderes.

No Capítulo 2, acerca da Parte Geral dos Direitos Fundamentais, serão abordadas as principais questões atinentes aos direitos fundamentais, quais sejam: a) histórico; b) gerações de direitos fundamentais; c) definição de direitos fundamentais; d) características dos direitos

fundamentais; e) funções dos direitos fundamentais; f) outros direitos decorrentes do regime constitucional e dos tratados; g) eficácia dos direitos fundamentais; e h) titularidade dos direitos fundamentais.

Já no Capítulo 3, adentraremos na questão específica do trabalho, delimitando qual o papel do Poder Público na proteção e concretização dos direitos fundamentais, especificando as formas pelas quais os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem atuar, a fim de proteger e implementar tais direitos, e demonstrando que tipos de comportamentos adotados pelos entes públicos podem causar lesão aos direitos fundamentais, bem como o modo de reparação dessas condutas danosas.

O presente estudo demonstra-se relevante, pois a questão do dever de proteção e implementação dos direitos fundamentais pelo Estado é muito discutida e debatida no meio jurídico e nem sempre as conclusões convergem para o mesmo resultado.

Assim, pretende-se trazer tais discussões e debates ao conhecimento do leitor e demonstrar como o Supremo Tribunal Federal as tem solucionado.

Não se pretende esgotar o assunto, até por que as questões a serem abordadas dão ensejo a questionamentos intermináveis, mas ao menos aclarar um pouco o tema com base na pesquisa de alguns casos concretos, na demonstração do posicionamento adotado por alguns doutrinadores e pela jurisprudência, principalmente do Supremo Tribunal Federal, uma vez que referido Tribunal tem sido instado a se manifestar inúmeras vezes, ultimamente, sobre a questão dos direitos fundamentais.

Assim, pretende-se contribuir no plano teórico, através da exposição dos pensamentos dos principais autores sobre a matéria e da demonstração da jurisprudência sobre o assunto,

conjugados com as conclusões tiradas por esta autora ao longo do estudo efetuado, bem como no âmbito da prática, contribuindo com aqueles profissionais do direito que, eventualmente, possam deparar-se com o assunto e com algum caso específico tratado no trabalho desenvolvido.

Várias questões a serem analisadas são polêmicas e tratadas pela doutrina e jurisprudência nem sempre de forma consensual, como acima referido, assim, em face da divergência de opiniões acerca do tema a que se propõe o estudo em tela, justifica-se a escolha do assunto a fim de levantarmos todas as questões conflitantes e, ao final, tentar sintetizá-las e demonstrar como as mesmas estão sendo tratadas pela doutrina e resolvidas no âmbito do Poder Judiciário, que é aquele Poder que analisa a questão dos direitos fundamentais em última instância quando da análise de um caso concreto.

O objetivo principal do estudo é definir e delimitar o papel dos Poderes Públicos na questão atinente aos direitos fundamentais e demonstrar a importância da atuação eficaz de cada um dos três Poderes Estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário) para a proteção e concretização destes direitos.

A problemática envolvida no presente trabalho visa o alcance de respostas para relevantes questões, tais como: o que compete a cada um dos Poderes Públicos fazer para proteger e concretizar os direitos fundamentais; quais as condutas destes Poderes que vão de encontro aos direitos fundamentais, causando lesão a tais direitos; e qual o limite de atuação dos Poderes na implementação destes direitos.

Acredita-se que, ao final da pesquisa, se não conseguirmos responder plenamente a todas as questões supracitadas, em razão de sua complexidade e abrangência grandiosa, ao menos forneceremos uma boa idéia sobre as principais questões envolvidas e uma boa base sobre o

assunto, dispondo ao leitor uma compreensão geral e variada sobre todos os aspectos envolvidos no âmbito da temática dos direitos fundamentais.

CAPÍTULO 1 – DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE PODER PÚBLICO

O constituinte, já no artigo 2º da Constituição Federal de 1988, previu a existência de três Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, com o intuito de impedir o arbítrio e a lesão aos direitos fundamentais.

Os Poderes previstos pelo constituinte são o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, e todos eles possuem funções estatais precípua.

Assim, ao Executivo compete, precipua, a função de administrar; ao Legislativo a função de legislar; e ao Judiciário a de julgar.

Tal quadro nada mais é do que a clássica “separação de poderes”, consagrada na obra “O espírito das leis”, de Montesquieu.

Para que os integrantes dos Poderes possam exercer suas funções com liberdade e para que se assegure o regime democrático, os direitos fundamentais e a própria separação dos poderes, foram previstas, igualmente, certas prerrogativas e imunidades aos seus integrantes.

Conforme Alexandre de Moraes¹:

“Não há, pois, qualquer dúvida da estreita interligação constitucional entre a defesa da separação de poderes e dos direitos fundamentais como requisito *sine qua non* para a existência de um Estado democrático de direito. Nesta esteira, o legislador constituinte previu diversas imunidades e garantias para os exercentes de funções estatais relacionadas com a defesa dos direitos fundamentais e gerência dos negócios do Estado, definindo-as nos capítulos respectivos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e, também, da Instituição do Ministério Público”.

Ao mesmo tempo em que se assegurou a independência e autonomia dos Poderes, instaurou-se o controle entre eles, o que vem a ser os chamados “freios e contrapesos” (*checks*

¹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 23ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 405.

and balances), sendo que tal controle jamais poderia ser exercido se não houvessem sido previstas certas imunidades e garantias aos titulares das funções estatais.

Apesar de existirem três Poderes distintos, não podemos deixar de referir que ambos atuam e falam em nome do Estado, que é uno e indivisível, sendo que, atualmente, tem-se falado, no lugar de separação de Poderes, em divisão de tarefas estatais.

Referidos Poderes exercem funções estatais soberanas, que lhe foram atribuídas pelo constituinte com a finalidade de garantir o Estado democrático de direito e proteger os direitos fundamentais.

Quando falamos em Poder Público, nos vem à mente a expressão Administração Pública.

Não é fácil definir com precisão o conceito de Administração Pública, pois não há um conceito uniforme na doutrina brasileira, em razão dos inúmeros aspectos envolvidos e dos diferentes critérios de definição utilizados, decorrentes do seu grande âmbito de atuação.

Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro², o termo Administração Pública tem dois sentidos: a) um sentido subjetivo, que expressa os entes que exercem a atividade administrativa, abrangendo as pessoas jurídicas, os órgãos e os agentes públicos de qualquer um dos três Poderes, responsáveis pela função administrativa; e b) um sentido objetivo, ou material, que representa a atividade exercida por tais entes. Sob esse aspecto, Administração Pública seria a própria função administrativa.

Conforme a mesma autora, em sentido amplo, a Administração Pública, subjetivamente compreende os órgãos governamentais (função de dirigir) e os órgãos

² PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo, 13ª edição, Ed. Atlas, 2001, São Paulo, p. 54.

administrativos (função de executar) e objetivamente comporta a função política e a função administrativa.

Já em sentido estrito, Administração Pública, sob o aspecto subjetivo, compreende apenas os órgãos administrativos e sob o prisma objetivo abrange apenas a função administrativa.

Quando se pensa em ampliar o conceito de Administração Pública, imediatamente vem a nossa lembrança os três Poderes de Estado, que possuem funções não exclusivas, mas predominantes. Assim, temos o Legislativo, cuja função primordial é a elaboração das leis; o Judiciário, com o papel principal de julgar as ações que lhe são endereçadas de acordo com o ordenamento jurídico em vigor; e o Executivo, com a função predominante de administrar e executar as leis.

Em que pese esta distinção entre as funções dos Poderes de Estado, não se pode perder de vista que os três, além da sua função predominante, também praticam, secundariamente, funções correlatas aos outros Poderes.

Com efeito, o Poder Legislativo e o Judiciário exercem funções administrativas, quando, por exemplo, aplicam sanções aos seus servidores, ou abrem licitações para contratar determinados serviços ou adquirir certos materiais necessários ao exercício das suas atribuições.

Tanto é que a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo, no âmbito da Administração Pública Federal, dispôs em seu artigo 1º que:

“Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.
§ 1º Os preceitos desta Lei também se aplicam aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa.”

Por outro lado, o Poder Executivo pratica função legislativa quando edita Medidas Provisórias, com força de lei, ou quando inicia projetos de lei e veta outros aprovados pelo Congresso Nacional.

1.1 Poder Legislativo

Conforme anteriormente afirmado, os Poderes de Estado possuem funções primordiais e funções secundárias, também conhecidas como funções típicas e atípicas.

As funções típicas do Poder Legislativo, conferidas pelo constituinte, são a de legislar e a de fiscalizar.

A primeira delas, a de legislar, poderá ser executada mediante a elaboração dos atos normativos elencados no art. 59 da CF (emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, decretos legislativos e resoluções) com exceção das leis delegadas e das medidas provisórias, que são da iniciativa e competência do Presidente da República, ressaltando-se, ainda, a existência de certas restrições quanto ao conteúdo e a iniciativa de certos atos normativos, previstos pelo próprio constituinte, como, por exemplo, a do § 4^o do art. 60 da CF e a do § 1^o do art. 61 da CF.

³ § 4^o - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.

⁴ § 1^o - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

- I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;
- II - disponham sobre:
 - a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;
 - b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;
 - c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;
 - d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;
 - e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI
 - f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.

No exercício da função de legislar, o Poder Legislativo está submetido à observância de vários requisitos e regras previstas na Constituição, não podendo ignorá-las sob pena de o ato legal ser considerado material ou formalmente inconstitucional.

Mencionadas regras são aquelas referentes ao processo legislativo, que foi tratado pelo constituinte na Seção VIII (Do Processo Legislativo) do Capítulo I (Do Poder Legislativo) do Título IV (Da Organização dos Poderes) da Constituição.

A outra função típica do Poder Legislativo, embora não seja tão latente, mas não sem a mesma importância da função de legislar, é a de fiscalizar as contas do Poder Executivo, função está prevista no art. 70 da Constituição que, assim, dispõe:

“Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder”.

Dentro, ainda, da função de fiscalizar encontramos a fiscalização político-administrativa a ser realizada por meio da criação de comissões parlamentares de inquérito, nos termos do § 3º do art. 58, *in verbis*:

“§3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores”.

Para o exercício destas relevantes funções, o constituinte dotou o Poder Legislativo da seguinte estrutura: do Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

O legislador constituinte adotou o bicameralismo para o legislativo federal, o que se justifica pelo fato da sua escolha pela forma federativa de Estado, sendo que o Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário, tendo cada Estado e o Distrito Federal três senadores igualmente.

A Câmara dos Deputados, por sua vez, compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado e no Distrito Federal. O número de deputados é proporcional à população, não podendo nenhum ente da Federação ter menos de oito ou mais de setenta Deputados.

Como afirmado anteriormente, para que os titulares dos Poderes de Estado pudessem exercer suas funções com independência, foram previstas certas prerrogativas aos membros dos Poderes.

No tocante ao Poder Legislativo, os deputados e senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos (art. 53); serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal (§ 1º do art. 53); não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável e, ainda, assim, os autos devem ser remetidos à respectiva Casa para resolver sobre a prisão (§ 2º); não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato (§ 6º do art. 53); entre outras.

1.2 Poder Executivo

A função precípua do Poder Executivo é a de praticar atos de chefia de estado, atos de governo e de administração.

O chefe de tal Poder é o Presidente da República, que será auxiliado por Ministros de Estado, tendo o Brasil adotado o presidencialismo, em que o poder de chefiar o Estado e o governo concentra-se em uma única pessoa.

Como o poder do Estado e do governo compete apenas ao Presidente da República o constituinte previu seu substituto, que é o Vice-Presidente, e, ainda, determinou que, em caso de impedimento do Presidente e do Vice-Presidente da República, serão sucessivamente chamados: o Presidente da Câmara dos Deputados; o do Senado Federal e o do Supremo Tribunal Federal (art. 80).

O mandato do Presidente da República é de quatro anos, podendo ser reeleito para um único período subsequente (art. 82 e § 5º do art. 14, ambos da CF).

Assim como os integrantes dos demais Poderes, o Presidente da República também goza de certas prerrogativas e imunidades, como por exemplo: não está sujeito à prisão, enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns (§ 3º do art. 86); somente será julgado por crimes comuns pelo STF (art. 102, I, b) e por crimes de responsabilidade pelo Senado Federal (art. 52, I), entre outras.

Detendo-se em uma das funções precípua do Poder Executivo que é administrar, não podemos deixar de nos aprofundarmos no tema concernente à Administração Pública, termo aqui aplicado em sentido estrito.

1.2.1 Administração Pública

Sob o aspecto objetivo, a Administração Pública, em sentido estrito, consiste na atividade administrativa, enquanto que sob o prisma subjetivo, traduz-se nas pessoas jurídicas, nos órgãos e nos agentes públicos que exercem a função administrativa.

A atividade administrativa ou função administrativa, a ser exercida pelas entidades, órgãos e agentes públicos, consubstancia-se em fomento, polícia administrativa e serviços públicos, segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro⁵.

Fomento seria a atividade de incentivo à iniciativa privada, visando uma utilidade pública, como por exemplo, o incentivo concedido pelo Ministério da Cultura para a produção de obras cinematográficas a serem desenvolvidas e executadas por particulares, visando ao incremento à cultura do país.

Referida autora⁶, amparada nos ensinamentos de Fernando Andrade de Oliveira (RDA 120/14), cita como exemplo de fomento:

- “a) auxílios financeiros ou subvenções, por conta dos orçamentos públicos;
- b) financiamento, sob condições especiais, para a construção de hotéis e outras obras ligadas ao desenvolvimento do turismo, para a organização e funcionamento de indústrias relacionadas com a construção civil, e que tenham por fim a produção em larga escala de materiais aplicáveis na edificação de residências populares, concorrendo para seu barateamento;
- c) favores fiscais que estimulem atividades consideradas particularmente benéficas ao progresso material do país;
- d) desapropriações que favoreçam entidades privadas sem fins lucrativos, que realizem atividades úteis à coletividade, como os clubes desportivos e as instituições beneficentes.”

Polícia administrativa é a imposição de limitação aos direitos individuais em prol do interesse coletivo, através da execução das limitações administrativas, entre elas, as licenças, autorizações, fiscalizações, autuações, etc.

Referida forma de atuação da Administração Pública também é conhecida como poder de polícia, que, segundo José dos Santos Carvalho Filho⁷, é: “... a prerrogativa de

⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di, *Direito Administrativo*, 13ª edição, Ed. Atlas, 2001, São Paulo, p. 59

⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di, *Direito Administrativo*, 13ª edição, Ed. Atlas, 2001, São Paulo, p. 59.

⁷ FILHO, José dos Santos Carvalho, *Manual de Direito Administrativo*, 17ª edição, revista, ampliada e atualizada até 05.01.2007, Ed. Lúmen Júris – Rio de Janeiro, 2007, p. 68.

direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade.”

Já serviço público é toda atividade voltada à satisfação das necessidades e do interesse público. Todavia, pretende-se aqui demonstrar o conceito em sentido estrito de serviço público, sendo aqueles serviços essenciais e relevantes prestados exclusivamente pelo Estado ou pela iniciativa privada, sob fiscalização da Administração, como ocorre no caso de concessão de serviços públicos, por exemplo.

Nesse sentido, o administrativista Hely Lopes Meirelles⁸, define serviço público como: “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado.”

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello⁹ conceitua esta espécie de atividade estatal da seguinte maneira:

“Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.”

Importante ressaltar que a Constituição Federal de 1988 determina alguns serviços públicos que o Estado deverá prestar, entre eles, ressalta-se a seguridade social (art. 194), a saúde (art. 196), a assistência social (art. 203) e a educação (art. 205 e 208).

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 28ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, Ed. Malheiros – São Paulo, 2003, p. 319.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, 16ª edição, revista e atualizada, Ed. Malheiros – São Paulo, 2003, p. 612.

Da leitura de tais dispositivos verifica-se que o Estado tem o dever de prestar tais serviços públicos e garantir a toda a coletividade o acesso aos mesmos, pois são direitos essenciais do cidadão.

Com efeito, referidos dispositivos determinam que:

“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.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos...”

“Art. 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 e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

“Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos...”

“Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

“Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.”

É compreensível a previsão destes serviços como determinação constitucional, pois a sua prestação garante minimamente a perfectibilização do princípio da dignidade da pessoa humana.

O art. 23 da Constituição Federal de 1988 arrola, tanto para a União, como para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, outros exemplos de serviços públicos a serem prestados, *in verbis*:

“Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

- I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;
- II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;
- III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;
- IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;
- V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;
- VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;
- VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;
- VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;
- IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;
- X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;
- XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;
- XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.”

Em face da relevância dos serviços públicos acima citados, importante demonstrarmos o regime jurídico ao qual o serviço público está submetido.

Tais serviços, como o próprio nome leva a crer estão submetidos a um regime jurídico de Direito Público, o chamado regime jurídico-administrativo.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰ enumera dez princípios a serem observados quando o assunto é serviço público, são eles: 1) dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação; 2) princípio da supremacia do interesse público; 3) princípio da adaptabilidade; 4) princípio da universalidade; 5) princípio da impessoalidade; 6) princípio da continuidade; 7)

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo, 16ª edição, revista e atualizada, Ed. Malheiros – São Paulo, 2003, p. 617/618.

princípio da transparência; 8) princípio da motivação; 9) princípio da modicidade das tarifas; e 10) princípio do controle (interno e externo) sobre as condições de sua prestação.

Para o objeto do presente trabalho, relevante explicitarmos alguns desses princípios.

O princípio do dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação determina que o Estado é obrigado a prestar os serviços públicos, sob pena de ser compelido pelo Poder Judiciário a executá-lo e punido pelos danos causados ao indivíduo.

De acordo com o princípio da universalidade, os serviços públicos devem ser prestados ou, pelo menos, colocados à disposição de todos os indivíduos, sem exceção.

Segundo o princípio da continuidade, tais serviços não podem ser interrompidos pela Administração Pública.

Para Odete Medauar¹¹, o prisma objetivo da Administração Pública ora estudado seria o ângulo funcional da Administração Pública, segundo o qual:

“Administração Pública significa um conjunto de atividades do Estado que auxiliam as instituições políticas de cúpula no exercício de funções de governo, que organizam a realização das finalidades públicas postas por tais instituições e que produzem serviços, bens e utilidades para a população, como, por exemplo: ensino público, calçamento de ruas, coleta de lixo.”

Resumindo muito bem o conceito de Administração Pública “strictu senso”, sob o prisma objetivo, Maria Sylvania Zanella Di Pietro¹², a define como: “... a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob regime jurídico de direito público, para a consecução dos interesses coletivos.”

¹¹ MEDAUAR, Odete, *Direito Administrativo Moderno*, 7ª edição revista e atualizada – São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 47.

¹² PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di, *Direito Administrativo*, 13ª edição, Ed. Atlas, 2001, São Paulo, p. 61.

Por outro lado, a Administração Pública, para exercer essa atividade ou função administrativa, necessita de entes, órgãos e agentes públicos, que a representam sob o aspecto subjetivo.

Aqui, a Administração Pública apresenta-se, segundo Odete Medauar¹³, sob o ângulo organizacional.

Nesse sentido, a Administração Pública se subdivide em Administração Direta, composta pelos entes políticos (União, Estado, DF e Municípios), cujas atribuições estão previstas em lei, e em Administração Indireta, composta por outras pessoas jurídicas, de direito público ou privado, que exercem as atividades administrativas que lhe foram repassadas pelo ente estatal, mas sob sua supervisão, através da descentralização administrativa.

No âmbito federal, o direito pátrio, através do Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, dispôs sobre a organização da Administração Pública Federal e previu no seu art. 4º que:

“Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista.
- d) Fundações públicas. (Incluído pela Lei nº 7.596, de 1987).”

Referidas entidades, geralmente são constituídas de órgãos, organismos sem personalidade jurídica própria, ou seja, realizam suas atividades em nome da entidade que lhes abriga e não respondem em nome próprio, mas sim em nome da entidade. A isso se dá o nome

¹³ MEDAUAR, Odete, Direito Administrativo Moderno, 7ª edição revista e atualizada – São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 48.

de desconcentração administrativa, visando à distribuição de tarefas a diferentes setores a fim de otimizar e especializar o serviço público.

Mas tais entidades e órgãos só funcionam por causa da atuação dos agentes públicos, que são todos aqueles que de alguma forma se vinculam a Administração Pública, assumindo, em razão disto, determinadas obrigações legais. Quando os agentes públicos atuam, o fazem em nome do Estado. Os atos por ele praticados são considerados praticados pelo Estado. Assim, em caso de algum dano causado por um agente público a um particular, quem responde é o Estado, que, todavia, poderá agir regressivamente contra o funcionário público responsável.

A fim de se entender melhor a Administração Pública, sob o aspecto subjetivo, necessário o estudo da estrutura da Administração no Brasil, que já fora brevemente apontada acima, mas que agora será um pouco mais esmiuçada.

Fala-se em divisão vertical, em razão da forma federativa de Estado, tendo assim a Administração Federal, Estadual e Municipal. No presente caso não se fala em hierarquia entre referidos entes, sendo eles independentes dentro do seu âmbito de atuação, que se restringe a sua área administrativa (federal, estadual ou distrital e municipal).

Existe, ainda, a chamada divisão horizontal, em que cada uma dessas Administrações divide-se em Direta e Indireta.

Para que se entenda essa divisão corretamente, demonstra-se relevante o conhecimento e a diferenciação entre desconcentração e descentralização administrativa.

A desconcentração administrativa consiste na subdivisão do ente integrante da Administração Direta em órgãos menores, atribuindo-lhes funções ordinárias e secundárias, mas necessárias para a consecução dos fins institucionais, sendo que tais órgãos são

hierarquicamente subordinados ao Poder Central e não agem e não respondem em nome próprio, mas em nome da entidade maior.

Já a descentralização administrativa corresponde à Administração Indireta, que é composta por entidades com personalidade jurídica própria que receberam a delegação de cumprir certas finalidades públicas com independência e autonomia, sendo apenas supervisionadas pelo ente estatal ao qual estão vinculadas (geralmente um Ministério), não se falando aqui em hierarquia entre um e outro, embora, atualmente, deve-se reconhecer que o ente da Administração Direta ao qual a entidade se vincula exerce grande poder e influência.

Segundo Odete Medauar¹⁴, essas expressões representam “fórmulas organizacionais”. Para a mesma:

“Existe desconcentração quando atividades são distribuídas de um centro para setores periféricos ou de escalões superiores para escalões inferiores, dentro da mesma entidade ou da mesma pessoa jurídica diferentemente da descentralização, em que se transferem atividades a entes dotados de personalidade jurídica própria...”.

Ainda sob o aspecto subjetivo, para se compreender bem a Administração Pública, relevante a elucidação do conceito de órgão público.

Um órgão público é um setor dentro de uma entidade maior, composto de pessoas e materiais responsáveis pelo cumprimento de determinada função, criado em nome da necessidade de distribuição de tarefas visando à especialização dos atos administrativos e a eficiência administrativa.

Como já afirmado anteriormente, o órgão público não detém personalidade jurídica própria, logo, não responde por seus atos, sendo os mesmos imputados à pessoa jurídica ao qual fazem parte.

¹⁴ MEDAUAR, Odete, Direito Administrativo Moderno, 7ª edição revista e atualizada – São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 55.

José dos Santos Carvalho Filho¹⁵ conceitua órgão público como: “o compartimento na estrutura estatal a que são cometidas funções determinadas, sendo integrado por agentes que, quando as executam, manifestam a própria vontade do Estado.”

Fechando a compreensão de Administração Pública sob o aspecto subjetivo, temos os agentes públicos.

Os agentes públicos são aquelas pessoas encarregadas de exercerem as atividades administrativas.

Segundo Hely Lopes Meirelles¹⁶ agentes públicos: “São todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal.”

Referido autor¹⁷ classifica os agentes públicos em cinco espécies: 1) agentes políticos; 2) agentes administrativos; 3) agentes honoríficos; 4) agentes delegados; e 5) agentes credenciados.

Segundo seu entendimento, agentes políticos seriam os componentes do governo no seu mais alto escalão, tendo eles liberdade funcional para o desempenho de suas atribuições, que, juntamente com suas prerrogativas e responsabilidades, são estabelecidas pela Constituição Federal e leis especiais.

Já os agentes administrativos correspondem a todos aqueles que se vinculam ao Estado, porque exercem alguma função administrativa, seja na Administração Direta ou na Administração Indireta, ocupando cargo público ou emprego público, dependendo da

¹⁵ FILHO, José dos Santos Carvalho, Manual de Direito Administrativo, 17ª edição, revista, ampliada e atualizada até 05.01.2007, Ed. Lúmen Júris – Rio de Janeiro, 2007, p. 13.

¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 28ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, Ed. Malheiros – São Paulo, 2003, p. 73.

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 28ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, Ed. Malheiros – São Paulo, 2003, p. 74.

instituição onde atua e o regime jurídico ao qual está submetido, sendo investido geralmente através de nomeação.

Dentro dessa gama de prestadores de serviço à Administração, temos os servidores públicos concursados, os exercentes de cargos ou emprego em comissão (não precisam ser necessariamente concursados) e os servidores temporários.

Os agentes honoríficos prestam algum tipo de serviço à Administração, sem, contudo, possuir qualquer vínculo empregatício ou estatutário com a mesma, sendo convidados a tanto, geralmente em razão de sua condição cívica e honorabilidade.

Ainda, segundo a mencionada classificação, temos os agentes delegados, que seriam particulares responsáveis pela execução de serviços públicos, construção de determinada obra pública, ou pela realização de determinadas atividades. Não são considerados servidores públicos, mas exercem atividades públicas, sob a fiscalização do Poder Público. Enquadram-se nessa classificação os concessionários e permissionários públicos, por exemplo, bem como os leiloeiros, intérpretes públicos ou serventuários de cartórios.

Por fim, o supracitado autor¹⁸ cita os agentes credenciados, que seriam: “os que recebem a incumbência da Administração para representá-la em determinado ato ou praticar certa atividade específica, mediante remuneração do Poder Público credenciante.”

Como se pôde perceber a Administração Pública abrange inúmeros aspectos (subjetivos e objetivos) não sendo possível a obtenção de um conceito consensual e uniforme que pudesse ser adotado com precisão e de forma objetiva.

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 28ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, Ed. Malheiros – São Paulo, 2003, p. 80.

Compilando os aspectos acima mencionados, poderíamos afirmar que Administração Pública é toda atividade administrativa, manifestada através da concessão de fomento, do uso do poder de polícia e da prestação de serviços públicos, e exercida pelos entes, órgãos e agentes públicos, sendo voltada à consecução do interesse público e ao atendimento das necessidades de toda a coletividade.

1.3. Poder Judiciário

A principal função do Poder Judiciário é exercer a jurisdição.

O termo jurisdição é derivado do latim *jurisdictio* (ação de administrar a justiça, judicatura) e, segundo o Vocabulário Jurídico de De Plácido e Silva¹⁹:

“... formado, como se vê, das expressões *jus dicere, juris dictio*, é usado precisamente para designar as atribuições especiais conferidas aos magistrados, encarregados de administrar a justiça. Assim, em sentido eminentemente jurídico ou propriamente forense, exprime a extensão e limite do poder de julgar de um juiz”.

O Poder Judiciário, assim, tem como função primordial a de julgar, todavia, julgar apenas os casos concretos que lhe são submetidos pelas partes, sendo tal poder inerte, no sentido de não poder agir *ex officio*.

Alexandre de Moraes²⁰, escorado nos ensinamentos de Sanches Viamonte, ressalta que: “sua função não consiste somente em administrar a Justiça, sendo mais, pois seu mister é ser o verdadeiro guardião da Constituição, com a finalidade de preservar, basicamente, os princípios da legalidade e igualdade, sem os quais os demais tornariam-se vazios”.

¹⁹ SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 27ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 804.

²⁰ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 23ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 405.

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 92, enumera os órgãos do Poder Judiciário: o Supremo Tribunal Federal; o Conselho Nacional de Justiça; o Superior Tribunal de Justiça; os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; os Tribunais e Juízes do Trabalho; os Tribunais e Juízes Eleitorais; os Tribunais e Juízes Militares; os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

A sede, a abrangência da jurisdição, a composição, a organização e a competência dos supracitados órgãos do Poder Judiciário foram previamente estabelecidos pelo constituinte no Capítulo III (Do Poder Judiciário) da Constituição Federal, ressalvadas a competência do TST, a ser tratada em lei; a organização e competência dos Tribunais e Juízes Eleitorais, que deverão ser previstas em lei complementar; a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar, a ser dispostos em lei; e a organização da Justiça dos Estados e a competência dos seus Tribunais, que deverão ser previstos nas respectivas Constituições Estaduais.

Como não poderia ser diferente, para assegurar a independência e imparcialidade necessárias, o constituinte dotou os integrantes do Poder Judiciário de certas garantias, sendo as principais: a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos.

Não se pode pensar em um Estado Democrático de Direito, em respeito à Constituição Federal e na garantia de direitos fundamentais, como a liberdade e a igualdade, por exemplo, sem um Poder Judiciário livre e independente.

A autonomia e independência o Poder Judiciário são essenciais para a garantia dos direitos fundamentais, pois, como se verá adiante, referido Poder, quando da ação equivocada ou omissão por parte dos outros Poderes, tem o poder de determinar a proteção ou implementação de tais direitos.

O Supremo Tribunal Federal, cuja principal função é a guarda da Constituição, tem as seguintes competências, conforme art. 102 da CF:

“I - processar e julgar, originariamente:

- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;
- b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;
- c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;
- d) o "habeas-corpus", sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o "habeas-data" contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;
- e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;
- f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;
- g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;
- h) (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- i) o **habeas corpus**, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;
- j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;
- l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
- m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;
- n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;
- o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;
- p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;
- q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;
- r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;

II - julgar, em recurso ordinário:

- a) o "habeas-corpus", o mandado de segurança, o "habeas-data" e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;
- b) o crime político;

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal”.

Ao Superior Tribunal da Justiça, por sua vez, compete (art. 105):

“I - processar e julgar, originariamente:

- a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;
 - b) os mandados de segurança e os **habeas data** contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal;
 - c) os **habeas corpus**, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea "a", ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;
 - d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, "o", bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos;
 - e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados;
 - f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
 - g) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União;
 - h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;
 - i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias;
- II - julgar, em recurso ordinário:
- a) os "habeas-corpus" decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória;
 - b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;
 - c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País;
- III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:
- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
 - b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
 - c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.

Os Tribunais Regionais Federais têm as seguintes competências (art. 108):

“I - processar e julgar, originariamente:

- a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;
 - b) as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região;
 - c) os mandados de segurança e os "habeas-data" contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal;
 - d) os "habeas-corporis", quando a autoridade coatora for juiz federal;
 - e) os conflitos de competência entre juízes federais vinculados ao Tribunal;
- II - julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição."

Já os juízes federais têm a competência de processar e julgar (art. 109 da CF):

- I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;
- II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;
- III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;
- IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;
- V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;
- V - As causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;
- VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;
- VII - os "habeas-corporis", em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição;
- VIII - os mandados de segurança e os "habeas-data" contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;
- IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;
- X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o "exequatur", e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;
- XI - a disputa sobre direitos indígenas".

Relevante para o presente trabalho, seja mencionada a novidade inserida no art. 109 da CF, através da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, relativamente à competência da Justiça Federal, segundo a qual:

"§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar,

perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal”.

Por fim, à Justiça do Trabalho o constituinte reservou a competência de processar e julgar:

- “I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- II as ações que envolvam exercício do direito de greve;
- III as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;
- IV os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;
- V os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;
- VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;
- VII as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;
- VIII a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;
- IX outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei”.

Como se pôde perceber, o Poder Constituinte definiu e delimitou o papel institucional de cada um dos Poderes de Estado, de forma que não haja invasão de competências, possibilitando, ainda, o controle por parte dos outros Poderes e da própria sociedade no tocante ao cumprimento dos deveres constitucionalmente previstos.

CAPÍTULO 2 – PARTE GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A fim de termos uma compreensão básica acerca dos direitos fundamentais, indispensável para compreendermos a questão específica do presente trabalho, trataremos, a seguir, um pouco da sua história; das gerações de direitos fundamentais; da definição de direitos fundamentais; das suas principais características; das suas funções; de outros direitos decorrentes do regime constitucional e dos tratados; da eficácia dos direitos fundamentais; e da sua titularidade.

2.1 Histórico

A realização de uma breve análise da origem dos direitos fundamentais, tanto de tempo como de local, é relevante para que possamos entender adequadamente por que e para que os direitos fundamentais foram criados, bem como para demonstrarmos a sua importância e o papel que tais direitos desempenham nos dias atuais.

Ingo Wolfgang Sarlet²¹ faz referência à síntese histórica dos direitos fundamentais efetuada pelo mestre alemão K. Stern, que destaca três etapas:

"a) uma pré-história, que se estende até o século XVI; b) uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; c) a fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados Americanos".

De acordo com Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet²², podemos

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 43.

²² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional; 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2007, p. 222.

apontar como marcos históricos do surgimento dos direitos fundamentais, cronologicamente: o surgimento do cristianismo, através do qual a figura do homem adquiriu relevância a partir da compreensão da sua criação à imagem e semelhança de Deus; a formação das teorias contratualistas, nos séculos XVII e XVIII, quando se estabeleceram regras de garantias aos indivíduos; e, como marcos fundamentais, a Declaração de Direitos da Virgínia (1776), decorrente da Revolução Americana, travada para livrar as treze Colônias do domínio inglês, que acarretou a positivação dos direitos inerentes ao homem; e a Revolução Francesa, que proclamou os princípios universais de "Liberdade, Igualdade e Fraternidade".

Em face desses acontecimentos, fica fácil perceber que os direitos fundamentais surgiram para proteger o indivíduo contra o Estado. Ao se pensar na Revolução Francesa, ocorrida para livrar o povo do poder arbitrário e abusivo da monarquia reinante na época, que pouco se importava com a população, fica fácil de se entender a razão do surgimento dos direitos fundamentais, tendo o Estado como o sujeito passivo mais expressivo desses direitos.

Ingo Wolfgang Sarlet²³ cita, ainda, a lição do jurista espanhol Perez Luño, segundo a qual:

“... não se deve perder de vista a circunstância de que a positivação dos direitos fundamentais é o produto de uma dialética constante entre o progressivo desenvolvimento das técnicas de seu reconhecimento na esfera do direito positivo e a paulatina afirmação, no terreno ideológico, das idéias da liberdade e da dignidade humana”.

Sinteticamente poderia afirmar-se que os direitos fundamentais surgiram primeiramente a partir de idéias e compreensões acerca do papel do indivíduo, para depois passarem a ser positivados em documentos esparsos, e, por fim, serem constitucionalizados e

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 43.

assumirem de vez a importância e relevo merecidos.

2.2 Gerações de direitos fundamentais

As gerações de direitos fundamentais estão delimitadas em períodos históricos de acordo com os anseios da sociedade à época.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet²⁴, somente após a constitucionalização dos direitos fundamentais é que importa a discussão acerca das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, sendo que: "a primeira geração ou dimensão dos direitos fundamentais é justamente aquela que marcou o reconhecimento de seu status constitucional material e formal".

Ademais, ressalta o autor supracitado²⁵ que desde sua constitucionalização os direitos fundamentais sofreram grandes transformações, tanto na sua titularidade, quanto na sua eficácia e efetivação.

Conforme Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet²⁶: os direitos de primeira geração são assim denominados porque foram os primeiros a serem positivados. Estão inseridos nessa geração os direitos decorrentes das Revoluções Americana e Francesa. Na época havia o predomínio do indivíduo particularmente considerado e cujo principal anseio da sociedade era a não intervenção do Estado nas liberdades individuais (de consciência, de culto, de reunião, inviolabilidade de domicílio). O princípio que se destaca

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 43.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 52.

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional; 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2007, p 223.

neste momento é o princípio da liberdade.

Os direitos de segunda geração, segundo os autores supracitados²⁷, surgiram em uma época marcada pelo abandono social, pelos problemas sociais decorrentes do avanço da industrialização, que ocasionou grandes disparidades sociais, gerando na sociedade o anseio e a reivindicação de atuação estatal, de intervenção do Estado, através de prestações positivas. Esses direitos dizem respeito à assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer, etc. Nesta época o princípio preponderante é o da igualdade. São chamados de direitos sociais, pois representam a justiça social, não querendo dizer, todavia, que são titularizados pela coletividade, pois na maior parte das vezes são exercidos singularmente.

Já os direitos chamados de terceira geração são aqueles titularizados pela coletividade, como, por exemplo, o direito à paz, ao meio ambiente saudável, à preservação do patrimônio histórico e cultural.²⁸

Importe destacar a observação de Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet²⁹ segunda a qual, a definição das gerações de direitos fundamentais serve apenas para situar o momento de criação desses direitos, de acordo com os interesses e necessidades da época, mas não significa que o surgimento de uma nova geração liquida com os direitos advindos da geração anterior.

Para que não se cause essa falsa idéia de que o surgimento de uma nova geração extinguiu os direitos pertencentes à geração anterior é que Ingo Wolfgang Sarlet³⁰ prefere a

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional; 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2007, p. 223.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional; 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2007, p. 224.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional; 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2007, p.224.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 52.

expressão "dimensão" de direitos no lugar de "geração" de direitos.

Assim, conclui-se que a idéia de "gerações" ou "dimensões" de direitos está muito atrelada aos momentos históricos de formação dos direitos fundamentais, que foram surgindo de acordo com a necessidade do povo, que ora se viu oprimido e subjugado totalmente ao Estado, ocasião em que se almejou a não intervenção e o afastamento do Estado da esfera do indivíduo, quando surgiram os direitos de primeira geração; sendo que, posteriormente, a população, em razão das conseqüências do desenvolvimento industrial e tecnológico, necessitou do apoio do Estado para acabar com as desigualdades sociais advindas, momento em que se criaram os direitos de segunda geração; e, ainda, diante do surgimento de necessidades coletivas a serem satisfeitas, surgiram os chamados direitos de terceira geração.

2.3 Definição de direitos fundamentais

É muito difícil definir com precisão absoluta os direitos fundamentais e inseri-los em uma lista estanque, pois tais direitos foram assim considerados de acordo com o momento histórico e com os anseios da época, conforme mencionado anteriormente, bem como com as justificativas encontradas pelas mais diversas correntes filosóficas (jusnaturalistas, positivistas, idealistas, realistas). Há que se considerar, ainda, a diversidade cultural existente entre as nações, podendo ocorrer de em algum lugar alguns direitos serem considerados fundamentais, enquanto que em outros não.

Conforme Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet³¹ busca-se a

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional; 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2007, p.226.

fundamentalidade material dos direitos fundamentais através da explicitação do princípio da dignidade da pessoa humana, porém tal noção é criticada por Canotilho, pois as Constituições prevêm direitos fundamentais de pessoas coletivas, que não se ligam ao princípio da dignidade da pessoa humana. Porém, sustentam os autores supracitados que, não obstante a crítica supra-referida, não se pode deixar de reconhecer que é o princípio da dignidade humana um bom vetor para delimitar os direitos fundamentais, tendo em vista que o mesmo impõe a limitação ao poder e inspira os típicos direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima da pessoa. Assim, um bom rumo para delimitar os direitos fundamentais é pensar que direitos possibilitam a concretização do princípio da dignidade humana. O problema considerado é a subjetividade do intérprete. Qualquer delimitação que se pretender efetuar desses direitos acaba desembocando no valor da dignidade humana.

Segundo Ingo Sarlet³², há uma dificuldade não apenas de conceituar os direitos fundamentais como em se alcançar um consenso acerca da terminologia utilizada, eis que várias são as expressões empregadas pela doutrina e pela própria Constituição Federal de 1988, para designar os direitos fundamentais, tais como: "direitos humanos"; "direitos do homem"; "direitos subjetivos públicos"; "liberdades públicas"; "direitos individuais"; "liberdades fundamentais"; e "direitos humanos fundamentais".

Referido autor³³ optou por usar a expressão "direitos fundamentais" para guardar sintonia com a Constituição Federal de 1988, que a utilizou no seu Título II, "Direitos e Garantias Fundamentais", sendo que o Constituinte inspirou-se na Constituição Alemã e na

³² SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 33.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 34.

Constituição Portuguesa de 1976, abandonando a tradição de nosso direito. Ademais, a doutrina moderna vem abandonando o emprego das outras expressões utilizadas, tais como "liberdades públicas", "liberdades fundamentais", etc, pois estão divorciadas do atual estágio de desenvolvimento de tais direitos e, ainda, diante de sua insuficiência no que concerne a abrangência, pois se referem a direitos fundamentais específicos.

Para mencionado autor³⁴ demonstra-se fundamental diferenciarmos "direitos fundamentais" e "direitos humanos", pois em que pese serem tais expressões comumente utilizadas para designar a mesma coisa, possuem significação diferenciada. Primeiramente, há que se considerar que direitos fundamentais serão sempre direitos humanos, pois seu titular será sempre o ser humano. Porém, a diferenciação dos termos reside em que o termo "direitos fundamentais" se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão "direitos humanos" guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

A consequência desta diferenciação é o tratamento jurídico e a proteção dada a ambos os direitos, estando os direitos fundamentais, considerados direitos constitucionais, submetidos ao controle formal e material de constitucionalidade, enquanto que os direitos humanos por serem positivados no plano internacional submetem-se a outro tipo de controle e

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 35.

proteção³⁵.

Cabe observar, a título de ilustração, que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, decidiu que as normas presentes em tratados internacionais acerca de direitos humanos, quando ratificadas pelo Congresso Nacional e incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, assumem o caráter de normas supralegais, estando abaixo da Constituição Federal, mas acima da lei.

Apenas para demonstrarmos a conclusão a que a Suprema Corte chegara sobre esta questão, cabe aqui fazermos um breve relato acerca do caso concreto.

O objeto do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP consiste na possibilidade ou não de prisão civil por dívida decorrente de alienação fiduciária.

O Recurso Extraordinário foi interposto pelo Banco Bradesco S.A., com fundamento no art. 102, III, "a", da Constituição, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, negando provimento ao recurso de apelação nº 791031-0/7, consignou entendimento no sentido da inconstitucionalidade da prisão civil do devedor fiduciante em contrato de alienação fiduciária em garantia, em face do que dispõe o art. 5º, inciso LXVII, da Constituição.

Ressalte-se que o Recurso em questão já fora julgado definitivamente pelo Supremo Tribunal Federal, tendo o Tribunal, por votação unânime, negado provimento ao mesmo, nos termos do voto do Relator, Ministro Cezar Peluso.

Referido caso provocou a modificação no entendimento até então adotado pelo Supremo Tribunal Federal com relação à matéria.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 37.

A grande novidade consiste no entendimento de que a prisão civil por dívida, decorrente de alienação fiduciária e de depositário infiel, não será mais possível, em face de sua inconstitucionalidade.

Atualmente a Constituição Federal de 1988, no inciso LXVII do art. 5º, permite como as duas únicas hipóteses de prisão civil a do devedor de pensão alimentícia e a do depositário infiel.

Em 1969, o Decreto-Lei 911 equiparou o devedor em alienação fiduciária ao depositário infiel, abrindo uma nova possibilidade de prisão civil, tendo tal conceito sido defendido pelo Supremo.

Com efeito, o art. 4º do supracitado Decreto dispõe que:

“Art. 4º Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil.”

Através do julgamento efetuado pelo STF no presente caso, houve o reexame da sua jurisprudência, pois o Tribunal caminhou em sentido oposto ao até então seguido.

O Min. Cezar Peluso, relator, negou provimento ao recurso em tela, por entender que o art. 4º do DL 911/69 não pode ser aplicado em sua integralidade, por ser inconstitucional.

Entre os argumentos do Relator, destacam-se: a) entre os contratos de depósito e de alienação fiduciária em garantia não há afinidade, conexão teórica entre dois modelos jurídicos, que permita sua equiparação; b) não é cabível interpretação extensiva à norma do art. 153, §º 17, da EC 1/69 — que exclui da vedação da prisão civil por dívida os casos de depositário infiel e do responsável por inadimplemento de obrigação alimentar — nem analogia, sob pena de se aniquilar o direito de liberdade que se ordena proteger sob o

comando excepcional; e c) à lei, só é possível equiparar pessoas ao depositário com o fim de lhes autorizar a prisão civil como meio de compeli-las ao adimplemento de obrigação, quando não se deforme nem deturpe, na situação equiparada, o arquétipo do depósito convencional, em que o sujeito contrai obrigação de custodiar e devolver.

O principal argumento, porém, utilizado nos autos do RE nº 466.343/SP, como se demonstrará adiante, consiste na posição de hierarquia dos tratados internacionais, principalmente daqueles que versam sobre direitos humanos.

O Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o chamado Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, que, em seu art. 7º estabelece: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

Pela leitura do artigo supracitado identifica-se um conflito entre tal dispositivo e a Constituição Federal de 1988, que permite a prisão civil para o depositário infiel, além do devedor de alimentos.

Desde a promulgação da Constituição de 1988, já existiam interpretações que conferiam um tratamento diferenciado aos tratados relativos a direitos humanos, em razão do disposto no § 2º do art. 5º, o qual afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Com efeito, formaram-se algumas correntes de interpretação, entre elas: a) a que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos; b) a que atribui caráter constitucional a esses diplomas internacionais; c) a que reconhece o status de lei ordinária a esse tipo de documento internacional; e d) a que atribui caráter supralegal aos tratados e convenções sobre direitos humanos.

A corrente até então adotada pelo STF era a que reconhecia o *status* de lei ordinária aos tratados e convenções internacionais.

Esse tema assumiu novo contorno a partir da Reforma do Judiciário (EC n. 45/2004) que acrescentou um § 3º ao art. 5º da Constituição, nos seguintes termos: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

A partir desta inovação constitucional, há que se diferenciar os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos dos tratados e convenções internacionais de outra natureza.

Pedro Lenza³⁶, acerca desta diferenciação, apresenta o seguinte quadro:

- a) tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados por 3/5 dos votos de seus membros, em cada Casa do Congresso Nacional e em dois turnos de votação (conforme. art. 60, § 2º, e art. 5º, § 3º): equiparam-se às emendas constitucionais;
- b) tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados pela regra anterior à Reforma que não forem confirmados pelo *quorum* qualificado: de acordo com a jurisprudência até então predominante do STF³⁷, guardam relação de paridade normativa com as leis ordinárias. Porém, no bojo do RE nº 466.343/SP, percebe-se que o posicionamento do STF está se modificando. Conforme os Informativos do STF de nº 449, 450 e 497, o Min. Gilmar Mendes proferiu seu voto no sentido de que os tratados e convenções internacionais acerca de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem *status* normativo supralegal, o que

³⁶ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 8ª ed. São Paulo: Editora Método, 2005, p. 279.

³⁷ Neste sentido: RTJ 149/479; RTJ 136/230; RTJ 135/111; RTJ 121/270; RTJ 84/724; RTJ 82/129; RT 739/290; RT 733/254; RT 727/102; RT 724/330, HC n. 68582; HC n. 69254; HC n. 70625, ainda Informativo do STF n. 48 e o precedente da ADIn 1.480-DF, Rel. Min. Celso de Mello (RTJ 174/335-336, Rel. Min. Celso de Mello.)

torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação, ou seja, estão abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional. Já o Min. Celso de Mello, em seu voto, diverge apenas para considerar outro grau hierárquico aos tratados, mas com efeitos práticos semelhantes, pois entende que os mesmos teriam hierarquia constitucional. No ponto, destacou a existência de três distintas situações relativas a esses tratados: 1) os tratados celebrados pelo Brasil (ou aos quais ele aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da CF/88, revestir-se-iam de índole constitucional, haja vista que formalmente recebidos nessa condição pelo § 2º do art. 5º da CF; 2) os que vierem a ser celebrados por nosso País (ou aos quais ele venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC 45/2004, para terem natureza constitucional, deverão observar o *iter* procedimental do § 3º do art. 5º da CF; 3) aqueles celebrados pelo Brasil (ou aos quais nosso País aderiu) entre a promulgação da CF/88 e a superveniência da EC 45/2004, assumiriam caráter materialmente constitucional, porque essa hierarquia jurídica teria sido transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade.

c) tratados e convenções internacionais de outra natureza: possuem força de lei ordinária.

Em face do julgamento do caso pelo Supremo Tribunal, percebe-se que os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos são no mínimo supralegais, conforme o entendimento esposado pelo Ministro Gilmar Mendes.

Mesmo que perdure a divergência quanto ao grau hierárquico dos tratados e convenções internacionais (natureza supralegal ou constitucional), conforme acima relatado, parece que a paridade dos mesmos com a legislação ordinária foi descartada, alterando-se a posição até então firmada pelo Supremo.

Como decorrência desta nova interpretação, a consequência para o caso específico da prisão civil do devedor fiduciante será a da impossibilidade da sua decretação.

Vê-se, portanto, que o STF está seguindo a crescente tendência de extinguir essa hipótese de prisão do ordenamento jurídico, em razão da concretização dos direitos e garantias fundamentais.

Concordamos com a nova posição adotada, pois, ainda que seja um meio coercitivo utilizado para o cumprimento de uma obrigação, a prisão civil restringe a liberdade do indivíduo e ofende a dignidade da pessoa humana, princípio que fundamenta o Estado Democrático de Direito.

Consideramos que, por ser a prisão um meio de restrição à liberdade do indivíduo, deva ela ser utilizada apenas em casos extremos.

O Estado somente deverá aplicar a pena criminal quando não houver, no ordenamento jurídico positivo, meios adequados para reprimir o ilícito, o que não é o caso, posto ser possível promover a execução patrimonial do devedor-fiduciante.

Ademais, constitui ofensa à pessoa do devedor a sua submissão a estabelecimentos prisionais nocivos à dignidade da pessoa humana, pois a prisão civil não tem a função punitiva encontrada na prisão criminal, já que busca, apenas, o cumprimento de obrigação contratual, sendo meio coercitivo de persuasão.

Observe-se que a distinção entre a prisão civil e a prisão criminal é apenas teleológica, pois, na prática, a produção de efeitos é a mesma nos sujeitos passivos, pois ambos têm sua liberdade restringida, ainda que por cometimento de ilícitos evidentemente diferentes.

Enfim, entendemos que a prisão deva ficar restrita aos casos graves, em que a retirada do delinqüente do meio social é medida necessária.

Por outro lado, não podemos deixar de apontar os efeitos negativos que o julgamento em estudo vem causando. A proibição da prisão por dívidas, exceto por dívida alimentar, acarretará mudanças no mercado, bem como no Judiciário.

Como a garantia das financiadoras diminuiu, acredita-se que os prêmios de seguro cobrados nos financiamentos serão maiores, assim como as taxas de financiamento e os juros, pois a possibilidade de se recuperar o bem agora é menor.

A Justiça do Trabalho, por sua vez, terá mais dificuldade, pois em caso de dívidas trabalhistas, muitas vezes são penhorados os bens dos empregadores que ficam sob a guarda do depositário. O fim da prisão do depositário tira da Justiça o poder de punir o empregador que se desfizer do bem penhorado.

Em que pese os pontos negativos mencionados, merece aplausos o entendimento que vem se firmando no Supremo, pois demonstra que referido Tribunal está disposto a se atualizar e a seguir a corrente atual de valorização dos direitos humanos.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet³⁸, ainda, há que se considerar que não há uma identidade no elenco de direitos fundamentais reconhecidos e de direitos humanos, bem como entre o direito constitucional de diversos Estados e o direito internacional, pois, em alguns casos, o rol dos direitos fundamentais constitucionais é inferior ao dos direitos humanos previstos em documentos internacionais, ou, como no modelo brasileiro, os direitos fundamentais superam aqueles.

Há certos direitos indenes de dúvidas quanto a serem direitos fundamentais por

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 39.

estarem positivados na Constituição Federal, precisamente, no seu art. 5º.

Mas, de acordo com Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet³⁹, existem outros direitos previstos em outros artigos que foram assim considerados, como, por exemplo, o princípio da anterioridade, de acordo com a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na ADI-MC 939, que o considerou como uma garantia individual e, portanto, uma cláusula pétrea. No presente caso atrelou-se o princípio da anterioridade a outro de indubitável fundamentalidade que é o princípio da segurança jurídica. Ainda aliado à segurança jurídica, o Supremo também considerou cláusula pétrea o princípio da anterioridade eleitoral, na ADI 3.685, Rel. Ellen Gracie, DJ de 10-08-2006. Percebe-se, assim, que referido Tribunal classifica outros direitos não elencados no art. 5º como fundamentais, mas cujo bem jurídico tenha algum vínculo com a dignidade da pessoa humana.

Robert Alexy⁴⁰ adota um conceito geral e fundamental de direitos fundamentais. Para ele: "direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada pra a maioria parlamentar simples".

Ademais, merece nota a observação de Ingo Wolfgang Sarlet⁴¹, para quem a concepção de direitos fundamentais está intimamente ligada à noção de Constituição e Estado de Direito. Referido autor, mencionando a lição de Klaus Stern, lança a idéia de que tanto a Constituição quanto os direitos fundamentais são instrumentos de limitação do poder estatal.

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional; 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2007, p.228.

⁴⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 446.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 67.

Com efeito, supracitado autor⁴², referindo a lição de Klaus Stern sustenta que:

"Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material."

Com relação à ligação dos direitos fundamentais com o Estado de Direito, na obra de Ingo Wolfgang Sarlet⁴³, há a referência, ainda, ao estudo de Pérez Luño, segundo o qual:

"Existe um estreito nexo de interdependência genético e funcional entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, uma vez que o Estado de Direito exige e implica, para sê-lo, a garantia dos direitos fundamentais, ao passo que estes exigem e implicam, para sua realização, o reconhecimento e a garantia do Estado de Direito."

Assim, em que pese a dificuldade de definirmos com precisão os direitos fundamentais, existem vetores que auxiliam na sua definição, como a prática da análise de aproximação do direito com o princípio da dignidade humana, bem como a verificação daqueles direitos expressamente previstos na Constituição Federal e na jurisprudência da Corte Constitucional, que desempenha importante papel nos seus julgados de explicitar claramente que determinado direito se enquadra no conceito de direito fundamental.

2.4 Características dos Direitos Fundamentais

Definir quais as características dos direitos fundamentais constitui-se, da mesma forma, atividade complexa, uma vez que é difícil encontrar uniformidade em todos os lugares, pois há muitas influências extrajurídicas, como a cultura e a história dos povos.

Pode-se, entretanto, citar as características que mais lhe são atribuídas.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 68.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 69.

Conforme Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet⁴⁴, os direitos fundamentais têm como principais características: a) serem universais e absolutos; b) dependerem da historicidade; c) serem inalienáveis e indisponíveis; d) sua constitucionalização; e) vincularem os poderes públicos; e f) terem aplicabilidade imediata.

A universalidade está relacionada com a titularidade, principalmente a ativa, mas deve ser entendida em termos. Pode-se afirmar que todos os homens são titulares de direitos fundamentais, porém nem todos os direitos fundamentais interessam a todas as pessoas, havendo, alguns direitos, por exemplo, ante a sua especificidade, que interessam apenas aos trabalhadores, outros somente aos servidores públicos, etc. Já no pólo passivo das relações jurídicas é um pouco mais restritiva a universalidade, pois há situações em que apenas o Estado pode ser demandado e não o particular.

Quanto a serem absolutos, significa que os direitos fundamentais estão no topo da hierarquia do ordenamento jurídico e não podem sofrer limitações. Quanto ao segundo aspecto apontado, entretanto, hoje se tem como certo que tais direitos podem sofrer limitações, quando esbarrarem com outros valores de ordem constitucional, bem como com outro direito fundamental. Em suma, não existem direitos ilimitados⁴⁵.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁶, ainda que o princípio da universalidade não tenha sido expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 e de ter o artigo 5º da Carta apenas feito referência aos brasileiros e estrangeiros residentes no país como titulares de direitos fundamentais, o princípio da universalidade encontra abrigo em nosso direito

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional; 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2007, p.229/242.

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional; 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2007, p.230.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 228/229.

constitucional positivo brasileiro, devendo, no entanto, nos socorrermos de uma interpretação sistemática, ao contrário da Constituição portuguesa de 1976 (art. 12) que previu claramente que "todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição".

Voltando a lista de características mencionadas por Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet, quanto a sua historicidade, os direitos fundamentais para serem considerados como tais dependem da história e, por isso, podem, em determinada época serem incluídos no rol de fundamentais e em outra serem excluídos. A criação dos direitos fundamentais depende muito das necessidades das pessoas em face das novas ameaças a sua liberdade e em razão da interferência do Estado na esfera individual dos cidadãos⁴⁷.

A inalienabilidade consiste na impossibilidade da pessoa dispor do bem, seja jurídica (ex. renúncia, compra e venda, etc.) ou materialmente (destruição do bem). Essa característica impede que o indivíduo abra mão do bem, mesmo com o seu consentimento, por exemplo, ninguém pode abdicar do seu direito à vida ou à integridade física, ainda que seja de seu gosto. Em que pese não possa a pessoa dispor desses direitos, poderá, em certos casos, ter os mesmos restringidos em prol de uma finalidade acolhida constitucionalmente, ou ainda, por estar incluído em uma relação especial de sujeição, como, por exemplo, o caso dos militares⁴⁸.

Quanto à constitucionalização, a presente característica significa que os direitos fundamentais são aqueles positivados na ordem jurídica, distinguindo-os dos direitos humanos, considerados pelos jusnaturalistas como direitos essenciais ao homem que não possuem uma positivação jurídica particular. Os direitos fundamentais, ao contrário, são

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional; 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2007, p.231.

⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional; 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2007, p.232/233.

previstos juridicamente no âmbito interno de cada Estado, sendo que os direitos humanos possuem um cunho internacional, mas isso não significa que não se relacionam entre si. O que os diferencia, também, é o fato de os direitos fundamentais, por estarem positivados, possuírem mecanismos de implementação mais céleres e eficazes. Cabe ressaltar que o grau de positivação dos direitos fundamentais pode variar de Estado para Estado, sendo, no Brasil, adotado um grau superior, tendo em vista estarem previstos na Constituição, o que lhes garante uma maior proteção, pois são impostos a todos os poderes constituídos, inclusive ao poder reformador da Constituição⁴⁹.

A quinta característica dos direitos fundamentais apontada pelos autores supracitados, relativamente à vinculação dos Poderes Públicos será amplamente analisada no terceiro capítulo deste trabalho, razão pela qual deixaremos de analisá-la neste momento, a fim de evitarmos repetições desnecessárias.

A característica da aplicabilidade imediata significa que os direitos fundamentais podem ser exercidos independentemente de atuação do legislador. O fato de estarem previstos na Constituição é fator suficiente para que os mesmos possam ser desde logo aplicados. A Constituição, criada pelo poder constituinte originário, não pode ficar à mercê da vontade do legislador.

Várias Constituições, entre elas a de Espanha (art. 33) e de Portugal (art. 18), inclusive a Constituição Brasileira de 1988 (art. 5º, §1º) adotaram expressamente o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. O fundamento de validade dos direitos fundamentais são as Constituições e não a lei. Mesmos as normas de eficácia contida,

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional; 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2007, p.234/235.

denominação utilizada por José Afonso do Silva, gozam de aplicabilidade imediata, podendo, apenas, sofrerem alguma restrição pelo legislador, mas a ausência de lei não impede o exercício do direito.

Ocorre que há normas constitucionais não auto-aplicáveis, em razão da sua baixa normatividade, necessitando da regulamentação do legislador para que se concretizem os direitos por elas previstos. Em alguns casos, não há como se exercer certo direito, em razão da inexistência de legislação específica capaz de possibilitar sua concretização, o que demanda a interposição de ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Assim, nos casos em que a normatividade constitucional for tão vaga que dependa da interpretação do juiz ou quando a própria Constituição determinar que certo direito só pode ser exercido nos termos da lei, o princípio da aplicabilidade imediata fica prejudicado.

Estas são as principais características dos direitos fundamentais e, em face delas, percebe-se o grau de importância de tais direitos e a responsabilidade que os Poderes Constituídos detêm para garantir-lhes a proteção e concretização adequada.

2.5 Funções dos direitos fundamentais

Um importante aspecto a ser abordado diz respeito às funções dos direitos fundamentais. O estudo desta vertente dos direitos fundamentais colabora principalmente na compreensão do conteúdo e da eficácia dos mesmos, exercendo tais direitos várias funções na sociedade e na ordem jurídica, de acordo com Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo

Gonet⁵⁰.

Tais direitos foram classificados segundo a função que desempenham. No tocante à classificação dos direitos fundamentais tem-se a "teoria dos quatro status de Jellinek; a distinção entre direitos de defesa e os direitos de prestação e a dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais.

No tocante à teoria dos status de Jellinek, ao final do século XIX, Jellinek desenvolveu a doutrina segundo a qual o indivíduo assume quatro status perante o Estado: 1) status passivo, em que o indivíduo está subordinado ao Estado, podendo o Estado vincular os indivíduos através de mandamentos e proibições; 2) status negativo em que o indivíduo, por ter personalidade, deve gozar de certa liberdade perante o Estado, devendo haver uma limitação nas suas ingerências; 3) status positivo, segundo o qual o indivíduo, em certas situações, pode exigir do Estado que realize uma prestação, que atue positivamente; e 4) status ativo, em que o indivíduo pode exercer certo poder, certa competência para influir na formação de vontade do Estado, quando, por exemplo, exerce o direito político de votar. Assim, a partir dessas posições assumidas pelos indivíduos, surgem direitos ou deveres diferenciados pela sua natureza⁵¹.

Conforme Robert Alexy⁵² (p. 255), Jellinek descreve status de formas diversas, mas de forma geral pode-se dizer que status é uma relação do indivíduo com o Estado. Status não é um direito e sim uma situação, como uma relação que qualifica o indivíduo.

A partir da teoria dos quatro status de Jellinek, extraem-se os direitos de defesa, de

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional; 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2007, p.244.

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional; 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2007, p.245.

⁵² ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 255.

prestação e de participação.

Conforme Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet⁵³, os direitos de defesa são aqueles que delimitam a atuação do Estado, não podendo contrariá-los. Deve haver uma norma que impeça o Estado de afrontar referidos direitos. Deles decorrem outros aspectos: são normas de competência negativa para os Poderes Públicos, e o Estado não pode eliminar certas posições jurídicas, como, por exemplo, extinguir o direito de propriedade. Ademais, as normas que os prevêm são, em regra, auto-executáveis.

No sistema brasileiro, a maioria desses direitos foram elencados no artigo 5º da Constituição de 1988, podendo ser citados: o princípio de que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo sem lei (inciso II); não ser submetido a tortura ou a tratamento degradante (III); liberdade de manifestação de pensamento (IV); liberdade de crença e exercício de culto (VI); inviolabilidade da vida privada e da intimidade (X); liberdade de locomoção (XV); liberdade de associação para fins lícitos; (XVII); e proibição de penas com caráter perpétuo (XLVII, b).

Como se pode perceber, os direitos de defesa visam assegurar as liberdades do indivíduo.

De acordo com Robert Alexy⁵⁴, os direitos fundamentais foram criados, em primeira instância, para proteger a liberdade do indivíduo contra o Estado, tendo-se assim direito a ações negativas. Em contrapartida há direitos que devem ser prestados pelo Estado, constituindo-se nas chamadas ações positivas. O problema, ressalta, é saber que tipo de direito fundamental e em que medida deve ser garantido através de ações positivas do Estado,

⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional; 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2007, p.245/247.

⁵⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 433.

principalmente em relação aos direitos sociais, como saúde, assistência social, entre outros.

Segundo referido autor⁵⁵, a Constituição alemã é bem cautelosa na previsão de direitos a prestações. São pouquíssimas as previsões expressas e pontos de apoio acerca dos direitos de prestação e isso se justifica, em parte, por ter sido a Constituição concebida em um momento histórico cujo foco fora a previsão de direitos de defesa, tendo a mesma um caráter de Constituição de um Estado de Direito burguês. Arremata o autor, todavia, que a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão debateu e impulsionou os direitos a prestações em importantes decisões.

Para o autor⁵⁶, a controvérsia acerca dos direitos a prestações decorre também da divergência entre o conceito de Estado, Constituição e Direito, bem como de direitos fundamentais.

Robert Alexy⁵⁷ (442) conceitua de forma ampla o direito a prestação como qualquer ação positiva praticada pelo Estado, sendo o oposto do conceito de direito de defesa, que demandam ações negativas, ou seja, uma abstenção estatal. Há, ainda, uma divisão dos direitos a prestação, sendo que:

"A escala de ações estatais positivas que podem ser objeto de um direito a prestação estende-se desde a proteção do cidadão contra outros cidadãos por meio de normas de direito penal, passa pelo estabelecimento de normas organizacionais e procedimentais e alcança até prestações em dinheiro e outros bens."

Assim o direito a prestações pode ser representado tanto por ações fáticas quanto por ações normativas.

⁵⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 434.

⁵⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 441.

⁵⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 442.

Para Robert Alexy⁵⁸ os direitos a prestações dividem-se em: 1) direitos a proteção; 2) direitos a organização e procedimentos; e 3) direitos a prestações em sentido estrito.

Observa, porém, que:

"Os direitos dessa natureza podem ser considerados direitos a prestações somente se se tratar de direitos subjetivos e de nível constitucional." Assim, arremata o supracitado autor, que sempre que se verificar a relação constitucional formada pelo titular do direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva, poderá o titular do direito exigir o seu cumprimento judicialmente".

Conforme Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet⁵⁹, os direitos a prestação são aqueles que obrigam o Estado a agir para evitar e diminuir desigualdades. Esses direitos dependem do Estado para se concretizar e o Estado deve agir a fim de amenizar ou até suprir as necessidades dos indivíduos. Tais direitos buscam garantir as condições materiais indispensáveis ao desfrute da liberdade, garantido pelos direitos de defesa. Demandam uma atuação positiva, ao contrário dos direitos de defesa que buscam uma omissão estatal. A ação do Estado pode consistir em uma atuação material ou em uma atuação jurídica.

Direitos a prestação jurídica são direitos de que o Estado confira uma normatização a certos direitos para que possam ser plenamente executados. Há direitos fundamentais que prescindem de posterior atuação normativa, mas existem outros que demandam a elaboração de atos normativos. Alguns direitos para serem executados necessitam que o legislador crie uma estrutura de organização, como, por exemplo, o direito de acesso à Justiça requer que o Poder Legislativo crie a estrutura e defina as competências dos órgãos jurisdicionais. O Estado detém de larga margem de discricionariedade na

⁵⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 444.

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional; 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2007, p. 248.

conformação desses direitos de índole normativa⁶⁰.

Direitos a prestações materiais são os chamados direitos a prestação em sentido estrito. O seu objeto consiste em um bem ou serviço, tendo uma utilidade concreta. São os direitos sociais por excelência. Como exemplo, podemos citar aqueles direitos elencados no artigo 6º da Constituição (educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade, assistência social aos necessitados)⁶¹.

Segundo Maria Paula Dallari Bucci⁶², os direitos sociais modificaram o direito, antes apegado a uma postura abstencionista do Estado, passando este a ter que agir, a ter de prestar uma obrigação de fazer. Os direitos sociais, chamados de segunda geração, servem para garantir que o indivíduo possa usufruir dos direitos de primeira geração, os direitos individuais. Exemplifica tal assertiva apontando a impossibilidade de um analfabeto exercer plenamente o direito de manifestação do pensamento, razão pela qual se consagrou o direito à educação, ou de um sem-teto exercer o direito à intimidade, previsto no art. 5º, X, da CF, devendo ser assegurado o direito à moradia.

Referidos direitos são devidos pelo Estado, mas também vinculam o particular, principalmente quanto aos direitos dos trabalhadores previstos no art. 7º da CF, bem como quanto os direitos de assistência previstos no art. 229 da Carta, segundo o qual os pais têm o dever de assistir aos filhos menores e os filhos maiores de ajudar os pais na velhice.⁶³

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional; 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2007, p. 248/249.

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional; 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2007, p. 249.

⁶² BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas Públicas Reflexões sobre o conceito jurídico, 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2006, p. 02.

⁶³ BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas Públicas Reflexões sobre o conceito jurídico, 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2006, p. 250.

Conforme Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet⁶⁴, referindo-se ao entendimento de Canotilho, as normas que os vinculam estruturam-se de modo diverso.

Há certos direitos decorrentes de normas com alta densidade normativa, dispensando a interveniência do legislador para poderem ser praticados e reivindicados nas relações jurídicas. São os chamados direitos originários à prestação. Mas a maioria dos direitos à prestação, quer pelo modo como previstos na Constituição, quer pelas suas peculiaridades, depende da interveniência do legislador. Com efeito, como os direitos à prestação consubstanciam-se nos direitos sociais e estes dependem da situação econômica do país, não poderia o constituinte ter descido a minúcias sobre os mesmos na Constituição, deixando ao legislador a tarefa de concedê-los de acordo com as circunstâncias atuais, confiando na sua percepção acerca do momento propício para a concessão de determinados direitos. Em face a essa peculiaridade fala-se que tais direitos estão submetidos à reserva do possível.

As prestações materiais dependem diretamente da situação econômica do país, ficando ao alvedrio do legislador sua concretização em face de fatores econômicos e políticos.

As normas que prevêm as prestações materiais servem precipuamente para reduzir as desigualdades sociais. A redução da desigualdade social, através da concessão de prestações materiais, depende, assim, principalmente do legislador e, secundariamente da Administração. O judiciário não pode determinar a prestação de determinado direito sem a prévia concretização do mesmo pelo legislador. Não basta a previsão na Constituição desses direitos para que o cidadão possa requerê-lo em juízo, não ensejando direitos subjetivos

⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional; 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2007, p. 250.

individuais. Assim, tais direitos para terem plena eficácia ficam à mercê da vontade política de implantá-los, o que causa certo desalento.

Os direitos a prestações materiais, em face da sua inexecutabilidade enquanto apenas previstos na Constituição, podem ser equiparados ao direito à prestação normativa. Mas isso não significa que esses direitos são desprovidos de toda eficácia. As normas constitucionais que os abrigam servem de parâmetro de controle de constitucionalidade de medidas restritivas desses direitos e revogam as normas anteriores que lhe sejam incompatíveis. Servem também como modelo interpretativo.

Estas normas também possuem um cunho de normas de defesa, pois impedem que o Estado adote condutas contrárias às mesmas⁶⁵.

Para minorar a situação de pouca eficácia dos direitos a prestações materiais, a doutrina criou a teoria do grau mínimo de efetividade dos direitos a prestação material, através da qual se pode extrair uma garantia a um mínimo social dos direitos a prestação. A CF adotou esta teoria, por exemplo, no art. 201 ao prever que o benefício previdenciário deve ser pago no piso de um salário mínimo. O STF entende que essa norma é auto-aplicável. Tem-se, assim, um exemplo de direito à prestação com um mínimo de efetividade, que é o direito à previdência pelo Estado⁶⁶.

Direitos fundamentais de participação seriam aqueles direitos dos cidadãos relativos aos direitos políticos, ou seja, o direito de participar na formação da vontade do País. Há autores que enquadram tais direitos entre os direitos de defesa ou de prestação não admitindo a criação de um terceiro grupo de direitos fundamentais.

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional; 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2007, p. 251.

⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional; 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2007, p. 253.

Deve-se ter em mente que muitos direitos fundamentais possuem índole ambivalente, sendo direitos de defesa e de participação concomitantemente, conforme Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet⁶⁷.

Por fim, no tocante à dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, os autores supracitados afirmam que os direitos fundamentais são estudados muito mais sob a perspectiva da sua dimensão subjetiva, que corresponde à característica desses direitos de ensejarem uma pretensão a que se adote um determinado comportamento ou expressa no poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas. A dimensão objetiva leva em conta a questão de serem os direitos fundamentais princípios da ordem constitucional. Sob tal perspectiva deixa-se de lado a compreensão de que tais direitos visam garantir posições individuais, abandonando-se uma perspectiva individualista. Sob esta perspectiva os direitos subjetivos individuais poderiam até sofrer algumas restrições, limitando o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais em favor dos seus próprios titulares e de outros bens constitucionalmente valiosos.

Outra consequência da dimensão objetiva é a criação para o Estado do dever de proteção dos direitos fundamentais contra agressões dos próprios Poderes Públicos, dos particulares ou dos outros Estados.

Assim, estas são as funções dos direitos fundamentais, que demonstram as diferentes formas pelas quais tais direitos se revelam.

2.6 Outros direitos decorrentes do regime constitucional e dos tratados

⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional; 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2007, p. 255.

Extrai-se da obra de Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet⁶⁸ que a CF adotou expressamente o regime aberto de direitos fundamentais, não excluindo outros decorrentes do regime e dos princípios, bem como dos tratados. Portanto, não se pode afirmar que os direitos fundamentais são aqueles elencados no capítulo próprio da CF, tendo o STF, inclusive reconhecido como direito fundamental o princípio da anterioridade.

Tal assertiva ficou consignada expressamente no art. 5º, §2º, segundo o qual: "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."

2.7 Eficácia dos direitos fundamentais

A nossa Constituição Federal de 1988, no art. 5º, § 1º, tratou expressamente da eficácia dos direitos fundamentais perante o ordenamento pátrio, ao determinar que: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet⁶⁹, o Constituinte brasileiro ao inserir este dispositivo em nossa Constituição sofreu forte influência do direito comparado, notadamente das ordens constitucionais dispostas na Constituição Portuguesa (art. 18/1), na Constituição do Uruguai (art. 332) e na Lei Fundamental da Alemanha (art. 1, III).

Ressalta o supracitado autor que a questão da eficácia dos direitos fundamentais é

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional; 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2007, p. 259/260.

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 277/278.

um dos temas mais debatidos atualmente no âmbito do direito constitucional e que a doutrina pátria não alcançou ainda uma compreensão adequada e uniforme acerca do tema, não havendo uma definição quanto a eficácia imediata corresponder apenas aos direitos individuais e coletivos previstos nos art. 5º da Constituição ou se, da mesma forma, abrange todos os direitos fundamentais, mesmo aqueles não previstos no catálogo.

Segundo seu entendimento, a situação topográfica do dispositivo poderia nos induzir a acharmos que apenas os direitos previstos no art. 5º da Constituição gozam de eficácia imediata, todavia, a expressão genérica empregada pelo constituinte “direitos e garantias fundamentais” nos permite conclusão diversa. Ademais, adotando-se uma interpretação sistemática e teleológica, constata-se que o legislador constituinte não pretendeu deixar de fora os direitos políticos, de nacionalidade, os direitos sociais, direitos estes cuja fundamentalidade é inquestionável⁷⁰.

Em face desta assertiva, poderíamos então afirmar que os direitos fundamentais previstos na Constituição correspondem a direitos subjetivos que podem ser prontamente reivindicados, principalmente relativamente àquelas normas de caráter programático, cujo grau de abstração demanda a atuação do legislador infraconstitucional?

De acordo com o supracitado autor, o sentido que se pode extrair da norma em exame (art. 5º, § 1º) em primeiro lugar é que o Constituinte pretendeu evitar um esvaziamento dos direitos fundamentais, impedindo que os mesmos fossem letra morta na Constituição, servindo esta constatação como base do estudo acerca da eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais⁷¹.

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 279.

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 281.

A partir disto, surgiram diversas concepções, umas mais restritivas, outras intermediárias e outras mais otimistas.

Há quem entenda que, ante o baixo grau de normatividade de algumas normas de direitos fundamentais, não se pode falar em direito subjetivo do titular, sendo que a norma de direito fundamental somente atingiria plena eficácia após a atuação do legislador infraconstitucional.

Podemos citar como exemplo de uma posição intermediária a de Celso Bastos, extraída da obra de Ingo Wolfgang Sarlet⁷², segundo a qual os direitos fundamentais são, em regra, auto-aplicáveis, salvo duas exceções: a) quando a Constituição prevê expressamente que o direito depende da atuação do legislador para ser concretizado, determinando que o mesmo somente seja exercido na forma prevista em lei; b) quando a norma não dispuser dos elementos mínimos que garantam a aplicabilidade do direito, sendo sua normatividade mínima, demandando a atuação do Poder Judiciário no lugar do legislador.

Há, ainda, concepções mais amplas e otimistas, como aquela que defende a inexistência de normas programáticas em nossa Constituição em face da previsão de mecanismos e instrumentos processuais cuja finalidade é combater a omissão do legislador e dos demais Poderes.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet⁷³, por mais sedutora que seja esta concepção ampla, ela não se coaduna com nosso ordenamento jurídico, observando que o fato de o constituinte ter previsto o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão demonstra, ao contrário da tese defendida, que há normas de direitos fundamentais

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 281.

⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 283.

sem eficácia plena e aplicabilidade imediata, pois se fosse o contrário, tais mecanismos não seriam necessários.

Conforme o autor referido, não podemos concluir pela inexistência de normas programáticas em nossa Constituição, pois há normas que demandam a atuação dos entes estatais, notadamente do legislador, para que os direitos nelas previstos possam ser usufruídos, mas isto não significa que as normas de direitos fundamentais não dispõem de aplicabilidade imediata, pois todas as normas constitucionais, mesmo as normas programáticas, possuem certo grau de aplicabilidade e eficácia.

Assim, conclui o supracitado autor⁷⁴ que:

“Se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, §1º, de nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição”.

Todas essas posições demonstram o quão tormentoso e controvertido é o tema, razão pela qual não pretendemos esgotar o assunto neste trabalho, mas apenas demonstrar a polêmica existente acerca do mesmo.

2.8 Titularidade dos direitos fundamentais

Não menos tormentosa apresenta-se a questão da titularidade dos direitos fundamentais.

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 284.

Com relação à titularidade dos direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet⁷⁵ começa seu estudo traçando a seguinte diferenciação terminológica:

"Titular do direito, notadamente na perspectiva da dimensão subjetiva dos direitos e garantias fundamentais, é quem figura como sujeito ativo da relação jurídico-subjetiva, ao passo que destinatário é a pessoa (física, jurídica ou mesmo ente despersonalizado) em face da qual o titular pode exigir o respeito, proteção ou promoção do seu direito."

Conforme Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet⁷⁶, em se tratando de titularidade de direitos fundamentais, muitas vezes nos deparamos com problemas práticos que têm sido resolvidos com base no Direito Civil, aplicando-se a distinção entre capacidade de direito e capacidade de fato ou de exercício, principalmente naqueles casos em que o titular de direitos fundamentais é um menor. Ocorre que a aplicação desta solução jurídica baseada na área civil, não resolve à perfeição todos os casos, razão pela qual não é aceita de forma unânime.

Ingo Wolfgang Sarlet⁷⁷ entende que a distinção entre titularidade de direitos fundamentais e a capacidade jurídica do Código Civil não pode ser pura e simplesmente aplicada para os direitos fundamentais, sendo a titularidade mais ampla que a capacidade jurídica, sem perdermos de vista a necessidade de adequação da legislação civil em face da Constituição.

Conclui referido autor que a titularidade, independente da distinção entre titularidade e capacidade jurídica, deve ser aferida de forma individualizada, caso a caso,

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 227.

⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*; 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2007, p. 264.

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 227.

levando-se em conta a norma de direito fundamental e as circunstâncias do caso concreto, bem como aqueles que figuram na relação jurídica, não havendo como definir previamente a titularidade de direitos fundamentais.

No mesmo sentido Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet⁷⁸ assinalam que:

"A questão não parece encontrar resposta apriorística nas normas gerais de capacidade do Código Civil. À falta de previsão legal tópica, é de sustentar a necessidade de tratamento *ad hoc* das questões surgidas, mediante o sopesamento dos valores constitucionais envolvidos em cada caso, advertindo-se o intérprete, sempre, de que toda limitação de ordem etária a um direito fundamental deve ser compreendida como medida direcionada à proteção do menor, visando à melhor fruição pelo próprio menor do bem juridicamente tutelado".

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet⁷⁹, embora o princípio da universalidade não tenha sido contemplado expressamente na Constituição, fora recepcionado pelo nosso ordenamento jurídico, não devendo ser confundido com o princípio da igualdade, previsto no art. 5º da CF de 1988, juntamente com a previsão de que os brasileiros natos e naturalizados e os estrangeiros residentes no país são os titulares dos direitos e garantias fundamentais.

Segundo referido autor⁸⁰:

"De acordo com o princípio da universalidade, todas as pessoas, pelo fato de serem pessoas são titulares de direitos e deveres fundamentais, o que, por sua vez, não significa que não possa haver diferenças a serem consideradas, inclusive, em alguns casos, por força do próprio princípio da igualdade, além de exceções expressamente estabelecidas pela Constituição, como dá conta a distinção entre brasileiro nato e naturalizado, algumas distinções relativas aos estrangeiros, entre outras."

Observa, ainda, que mesmo os brasileiros e os estrangeiros residentes no país não são titulares de todos os direitos fundamentais, pois existem certos direitos que são gozados

⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional; 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2007, p. 264.

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 228/229.

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 229.

apenas por certas categorias, como, por exemplo, a família, os consumidores, os trabalhadores, os apenados, etc.

2.8.1 Pessoa natural

Com relação à pessoa natural, Ingo Wolfgang Sarlet⁸¹ expõe que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, caput, protege o brasileiro e o estrangeiro residente no país, atribuindo-lhes a titularidade de direitos fundamentais. Assim, o brasileiro, em face da sua nacionalidade, e o estrangeiro, por estar residindo no Brasil, foram merecedores da proteção constitucional. Não importa a forma de aquisição da nacionalidade brasileira, para ser titular de direitos fundamentais, em que pese sabermos que o brasileiro naturalizado sofre algumas limitações em seus direitos pela própria Constituição, notadamente, nos direitos políticos.

2.8.2 Estrangeiros residentes e não residentes no país

Para Ingo Wolfgang Sarlet⁸² a Constituição de 1988, referiu-se apenas aos estrangeiros residentes no país, o que suscitou dúvidas com relação à titularidade de direitos fundamentais por parte de estrangeiros não residentes no Brasil, bem como sobre a definição de estrangeiro residente no país, a fim de sabermos a quem eventualmente recusarmos a titularidade de direitos fundamentais.

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 230.

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 231.

Segundo Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet⁸³ o fato de os estrangeiros não residentes no país não terem sido contemplados no art. 5º da CF de 1988 não deve ser encarado como se os mesmos não fossem titulares de nenhum dos direitos fundamentais. Segundo eles: "A declaração de direitos fundamentais abrange diversos direitos que radicam diretamente no princípio da dignidade do homem - princípio que o art. 1º, III, da Constituição Federal toma como estruturante do Estado democrático brasileiro."

Existem direitos que são titularizados por todos em face do princípio da dignidade da pessoa humana. Porém, os estrangeiros não residentes no país sofrem algumas limitações de direitos, eis que alguns direitos são previstos apenas para os cidadãos, em razão de seu vínculo com o país, como, por exemplo, os direitos políticos, que abrange o direito de votar e ser votados. Ademais, os chamados direitos sociais também são restritos aos residentes no país, de modo que os direitos que mais se evidenciam como de titularidade de estrangeiros não residentes no país são os direitos de cunho individual.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet⁸⁴, o fato de os estrangeiros não residentes no país não terem sido expressamente contemplados pela Constituição como titulares de direitos fundamentais não leva à conclusão de que os mesmos não podem ser titulares de tais direitos, em face da aceitação, ainda que implícita, do princípio da universalidade pelo nosso ordenamento jurídico, bem como em razão do princípio da dignidade da pessoa humana e da isonomia. Pelo mesmo motivo, acrescenta, ainda, que não se sustenta a tese de que, a omissão do constituinte de 1988 somente poderia ser corrigida por emenda à Constituição, podendo os mesmos contar apenas com alguma tutela legal, pois viola frontalmente o disposto no art. 4º,

⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional; 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2007, p. 262/263.

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 232.

inciso II, da CF, que, com relação à atuação do Brasil no plano das relações internacionais, estabelece que deverá ser assegurada a prevalência dos direitos humanos.

A título de ilustração e, por envolver vários aspectos pertinentes com o assunto aqui estudado, cabe trazeremos um caso em que se discutiu a questão da titularidade de direitos fundamentais a estrangeiros.

Trata-se de um caso que, embora não tenha sido judicializado, pois não se instaurou litígio sobre a questão até o presente momento, merece ser analisado eis que envolve questões eminentemente jurídicas e foi objeto de análise pela Consultoria Jurídica do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, tendo sido instaurados processos administrativos, a fim de formalizar a consulta ao órgão jurídico responsável.

O Alto Comissariado das Nações Unidas - ACNUR procurou o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome visando submeter ao mesmo consulta quanto à possibilidade dos refugiados recebidos pelo Brasil usufruírem de benefícios assistenciais concedidos pelo governo federal.

O Ministério do Desenvolvimento e Combate à Fome de pronto atendeu o organismo supracitado e mobilizou-se para resolver a questão, tendo criado um Grupo de Trabalho especialmente par tratar da causa, que, depois de reunido resolveu submeter o tema à análise do órgão jurídico, a fim de averiguar a inexistência de óbices legais.

A primeira consulta efetuada à Consultoria Jurídica daquele Ministério fora efetuada de forma genérica, ocasião em que o objeto da mesma fora a possibilidade dos refugiados terem acesso aos programas sociais do Ministério, tendo a manifestação sido favorável, com a ressalva de que deveriam ser cumpridos os requisitos legais exigidos a todos.

Posteriormente, a Secretaria Nacional de Assistência Social consultou a Consultoria Jurídica do MDS acerca da possibilidade de concessão do benefício de prestação

continuada da Assistência Social - BPC àqueles que adquirem a condição de refugiados.

Em 11 de setembro de 2007, realizou-se a 1ª reunião do Grupo de Trabalho sobre Refugiados, criado no âmbito do Ministério envolvido, merecendo destaque as seguintes ponderações constantes do relatório elaborado pela área técnica do Departamento de Benefícios Assistenciais:

“ (...)

Porém, o reconhecimento da condição de refugiado apenas permite a permanência legal no país, não lhe garantindo condições de subsistência, exceto nos seis primeiros meses. A maioria dos que procuram refúgio no Brasil tem um perfil de baixa escolaridade que, somado à questão da língua, gera uma situação de dificuldades para a inserção no mercado de trabalho e na própria vida social.

(...)

Diante disso, a busca de parceria com o MDS visa melhorar a condição dessas pessoas, diante da possibilidade das mesmas serem atendidas pelos programas sociais em execução neste Ministério.

A questão do acesso do estrangeiro na condição em questão aos programas sociais do MDS foi submetida à CONJUR, que emitiu parecer concluindo pela possibilidade dos refugiados participarem dos programas sociais implementados pelo MDS, desde que cumpridos os requisitos legais necessários.

Dentro desse contexto, os programas da SNAS e da Senarc (Bolsa Família) são os que se demonstram mais acessíveis àqueles estrangeiros, eis que são serviços ou benefícios disponibilizados diretamente ao cidadão.

A Senarc informou que não há obstáculos na inserção do estrangeiro no CadÚnico – condição prévia para concessão do benefício do PBF- tendo em vista que o formulário do CadÚnico tem campo específico para indicação do país de origem. Houve apenas o questionamento sobre o tipo de documentação que pode ser apresentado pelo requerente, eis que muitos não têm documento civil brasileiro. Diante desse questionamento, a representante do Conare disse que é emitido um documento ao refugiado, bem como o CPF.

Quanto aos programas da SNAS, não há obstáculo ao acesso do refugiado ao atendimento nos serviços da Proteção Social Básica ou da Proteção Social Especial, tendo sido levantado, por este representante, a possibilidade de ocorrência de dificuldade de atendimento devido à língua do estrangeiro, no caso deste não falar português.

Em relação ao BPC, há um obstáculo normativo, no Decreto nº 1.744, de 8 de dezembro de 1995, que regulamenta o benefício, que, ao tratar do “estrangeiro naturalizado”, referindo-se na verdade ao brasileiro naturalizado (artigos 9º e 11, parágrafo único), acaba por excluir o estrangeiro, pois não prevê procedimentos para esses.

O Art. 7º da minuta do novo decreto também estabelece condições para o brasileiro naturalizado, e, ao não prever condições ou procedimentos aos estrangeiros, acaba por excluí-los do programa.”

O documento provocador da consulta efetuada à Consultoria Jurídica do MDS, portanto, visou sanar a dúvida suscitada na reunião em comento, qual seja: a possibilidade de

gozo do benefício de prestação continuada – BPC por aqueles que detêm a condição jurídica de refugiado, em face da omissão da legislação reguladora do referido programa em relação a estas pessoas, levando-se em conta os princípios constitucionais e a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados.

O cerne da questão cinge-se à possibilidade dos refugiados usufruírem do benefício de prestação continuada – BPC, em face da suposta existência de conflito normativo entre o art. 7º do Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007, e o artigo 23 da Convenção de 1951 Relativa ao Estatuto dos Refugiados.

A Consultoria Jurídica do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, também no presente caso, se manifestou favoravelmente.

Merece análise alguns trechos do Parecer Jurídico emitido pela autora do presente trabalho de monografia, a fim de demonstrarmos o raciocínio jurídico efetuado, quando, ao final, concluir-se-á que foram privilegiados o princípio da dignidade humana, bem como o dever do Estado previsto na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de garantir assistência social aos refugiados, bem como a própria Constituição Federal de 1988 que dedica um capítulo exclusivamente à Assistência Social, estabelecendo que a mesma é direito de todos, sem qualquer discriminação.

Com efeito, destacam-se os seguintes argumentos utilizados no referido Parecer:

“... Ainda que se chegasse à conclusão da ocorrência de conflito entre o Decreto e a Convenção mencionados, esta última prevaleceria.

Com relação ao *status* normativo assumido por uma Convenção Internacional cabe tecer algumas considerações, sendo que, ao final, concluir-se-á pela sua prevalência sobre os demais atos normativos infraconstitucionais, quando a mesma versar sobre direito humanos.

Conforme ensina Pedro Lenza:

“O processo de incorporação no ordenamento jurídico interno dos tratados internacionais passa por quatro fases distintas, a saber: a) celebração do tratado internacional (negociação, conclusão e assinatura) pelo Órgão do Poder Executivo (ou posterior adesão [terceira etapa], art. 84, VIII – Presidente da República); b) aprovação (referendo ou “ratificação” lato sensu), pelo Parlamento, do tratado, acordo ou ato internacional, por intermédio de decreto legislativo, resolvendo-o

definitivamente (Congresso Nacional, art. 49, I); c) troca ou depósito dos instrumentos de ratificação (ou adesão caso não tenha tido prévia celebração) pelo Órgão do Poder Executivo em âmbito internacional; d) promulgação por decreto presidencial, seguida da publicação do texto em português no Diário Oficial. Neste momento, o tratado, acordo ou ato internacional adquire executoriedade no plano do direito positivo interno, guardando estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias.”

E continua o doutrinador:

“Apesar de nossa opinião pessoal diferente, a maior parte da doutrina e pacificamente os tribunais (salvo alguns juízes do 1º TACSP), inclusive, de forma majoritária, o STF, entendiam que os tratados internacionais de qualquer natureza, mesmo sobre direitos humanos, ingressam no ordenamento interno com o caráter de norma infraconstitucional, guardando estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado brasileiro (RTJ 83/809 e Informativo STF n. 73 – DJ 30.5.97), podendo, por conseguinte, ser revogados (ab-rogação ou derrogação) por uma norma posterior e ser questionada a sua Constitucionalidade perante os tribunais, de forma concentrada e difusa.”

Esse tema, porém, assumiu novo contorno a partir da Reforma do Judiciário (EC n. 45/2004) que acrescenta um § 3º ao art. 5º, nos seguintes termos: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

A partir desta inovação constitucional, há que se diferenciar os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos dos tratados e convenções internacionais de outra natureza.

Feita a discriminação, apresenta-se o seguinte quadro:

- a) tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos e desde que aprovados por 3/5 dos votos de seus membros, em cada Casa do Congresso Nacional e em dois turnos de votação (conforme. art. 60, § 2º, e art. 5º, § 3º): equivalem a emendas constitucionais e, como visto, podem ser objeto de controle de constitucionalidade;
- b) tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados pela regra anterior à Reforma e desde que não forem confirmados pelo quorum qualificado: de acordo com a jurisprudência até então predominante do STF, guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias e, portanto, podem ser objeto de controle de constitucionalidade. Porém, como se demonstrará a seguir, o posicionamento do STF está prestes a ser modificado, pois em decisão acerca do assunto já conta com sete votos favoráveis, no sentido de que os tratados e convenções internacionais acerca de direitos humanos, quando aprovados pela regra anterior à Emenda nº 45/2004, assumem natureza suprallegal, ou seja, estão abaixo da constituição, mas acima da legislação infraconstitucional.
- c) tratados e convenções internacionais de outra natureza: podem ser objeto de controle e têm força de lei ordinária.

Necessário o detalhamento da situação explicitada na alínea “b” do item anterior, uma vez que a convenção internacional objeto do presente estudo enquadra-se nessa situação, qual seja: a de convenção internacional sobre direitos humanos aprovada pela regra anterior à Reforma, pois a mesma foi aprovada no ano de 1960, como ressaltado anteriormente.

Em que pese a posição até então adotada pelo STF, no sentido de atribuir natureza de lei ordinária às convenções internacionais aprovadas pelas regras anteriores à Emenda n. 45/2004, muitos constitucionalistas já defendiam a tese de que, mesmo nesses casos, elas assumiriam caráter de norma constitucional.

Conforme já mencionado, o STF está consolidando uma nova posição acerca do assunto, sendo que já há sete votos favoráveis, conforme acórdão proferido no Habeas Corpus 90.172-7/SP, em anexo.

Com efeito, a posição que vem prevalecendo, atualmente, no âmbito da Corte Constitucional, conforme voto proferido pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes no RE

nº 466.343/SP, tratando da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7) é a seguinte:

“Entendo que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação...” (grifos nossos)

Assim, com base nesta nova orientação do Supremo, a ser firmada brevemente, os tratados e convenções internacionais de direitos humanos assumem natureza supralegal, portanto acima da legislação interna do país que com eles conflitem, seja a norma interna anterior ou posterior à ratificação pelo Brasil do respectivo tratado ou convenção internacional.

Portanto, conclui-se que a Convenção de 1951 Relativa ao Estatuto dos Refugiados, quando ratificada pelo Congresso Nacional, no ano de 1960, através do Decreto-Legislativo nº 11, conforme posição até então adotada, assumiu natureza de legislação ordinária, logo não pode haver um Decreto conflitante com a mesma, e, segundo o novo entendimento a ser consolidado pelo Supremo Tribunal Federal acima citado, assumiu caráter de norma supralegal, estando acima da legislação interna naquilo que com ela conflitar, o que sobreleva a aplicação da Convenção Relativa aos Refugiados ao caso em tela, em detrimento de toda a legislação infraconstitucional em vigor no país.

Ante todo o exposto, o que deve prevalecer, no presente caso, é a Convenção de 1951 Relativa aos Refugiados, em face de sua natureza normativa especial, nos termos da fundamentação acima expendida.

Assim, atendendo ao objeto específico da presente consulta, àqueles que adquirem a condição de refugiados pode-se conceder o benefício de prestação continuada, em face dos dois principais motivos acima analisados, quais sejam: a) a não vedação expressa pela legislação brasileira atinente ao BPC dos estrangeiros residentes no país e, conseqüentemente, dos refugiados que, ao assumir tal condição, passam a ser considerados estrangeiros; e b) em razão da previsão encontrada no art. 23 da Convenção de 1951 Relativa aos Refugiados, cuja natureza normativa atribuída à mesma é especial e sobrepõe-se à legislação interna, conforme amplamente explanado acima.”

Observe-se que o presente caso denota a atuação do Estado, mais precisamente do Poder Executivo, na implementação dos direitos fundamentais. Quando instado a se manifestar sobre a possibilidade de concessão pelo governo federal de benefício assistencial a uma classe de pessoas consideradas à margem da sociedade, em face da precária situação em que se encontram, mostrou interesse na resolução da questão, formando Grupo de Trabalho com servidores capacitados para tratar do assunto e levando o caso à análise do seu órgão jurídico para averiguação da inexistência de óbices legais, tendo o mesmo opinado

favoravelmente à consulta.

Posteriormente, a imprensa jornalística noticiou matéria sobre o assunto, relatando estar o Ministério da Justiça adotando as medidas necessárias para a concessão de referido benefício assistencial aos refugiados, em face da manifestação favorável do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome.

Merece aplausos a iniciativa advinda do Alto Comissariado das Nações Unidas - ACNUR, que provocou o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome a se manifestar sobre o assunto, bem como do referido Ministério que adotou postura ativa no presente caso, mobilizando servidores e o seu órgão jurídico, acabando por concretizar a aplicação do princípio da dignidade humana.

A opinião exarada no Parecer emitido pela Consultoria Jurídica do MDS não poderia ser diversa, pois não é crível que o governo brasileiro, ao aceitar a vinda dos refugiados ao Brasil, não os proteja e lhes dêem condições mínimas de subsistência e a chance de iniciar uma nova vida em um lugar tão distante de sua pátria.

Apenas para encerrarmos a análise acerca da titularidade dos direitos fundamentais pelas pessoas naturais, merece demonstrarmos ainda a observação de Ingo Wolfgang Sarlet⁸⁵, segundo a qual:

"Ainda neste contexto, por se cuidar de aspecto relativo aos estrangeiros de um modo geral, é preciso destacar que eventual ilegalidade da permanência no Brasil por si só não afasta a titularidade de direitos fundamentais, embora não impeça (respeitados os direitos, inclusive o de devido processo legal) eventuais sanções, incluindo a deportação ou mesmo extradição."

Diante do que fora exposto não restam dúvidas de que os estrangeiros, inclusive aqueles não residentes no país, são titulares de direitos fundamentais, ressalvados certos

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 233.

direitos e circunstâncias advindas da sua própria condição e por não desempenharem o papel de cidadão.

2.8.3 Pessoa jurídica

De acordo com Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet⁸⁶ não restam dúvidas quanto à titularidade de direitos fundamentais pelas pessoas naturais, sendo que todos os seres humanos são titulares destes direitos.

A dúvida reside, no entanto, em relação às pessoas jurídicas, principalmente pessoas jurídicas de direito público. Ressaltam que hoje a doutrina é pacífica no sentido de serem as pessoas jurídicas titulares de direitos fundamentais, especificamente aqueles direitos fundamentais suscetíveis, por sua natureza, de serem exercidos pelas mesmas. Inclusive, há direitos previstos constitucionalmente dirigidos à própria pessoa jurídica, como, por exemplo, o de não interferência estatal no funcionamento das associações (art. 5, XVIII) e o de não serem dissolvidas (art. 5, XIX). Direitos existem, todavia, que são incompatíveis com a condição de pessoa jurídica, não podendo por elas serem exercidos, tais como os direitos políticos ou os direitos sociais, por exemplo.

Quanto a possibilidade das pessoas jurídicas de direito público serem titulares de direitos públicos, frisam supracitados autores, que a questão é mais delicada, pois os direitos fundamentais visam, justamente, serem utilizados contra os Poderes Públicos. Todavia, negar a tais entes a titularização de direitos fundamentais de forma absoluta não se afigura correto.

Tem-se admitido a existência de direitos procedimentais por parte das pessoas

⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional; 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2007, p. 261.

jurídicas, entre eles, por exemplo, o direito de ser ouvido em juízo e o direito à ampla defesa⁸⁷.

Conforme a doutrina de Ivo Wolfgang Sarlet⁸⁸, embora a Constituição Federal de 1988 não tenha expressamente contemplado como titular de direitos e garantias fundamentais a pessoa jurídica, tanto a doutrina quanto a jurisprudência tranquilamente aceitam esta hipótese, apenas ressaltando alguma restrição decorrente da própria condição de pessoa jurídica.

Segundo referido autor:

"Tal posição mais restritiva não corresponde, contudo, ao que parece ser a orientação majoritária - aqui também adotada -, inclusive por parte do STF, prevalecendo a regra geral de que, em havendo compatibilidade entre o direito fundamental e a natureza e os fins da pessoa jurídica, em princípio (prima facie) reconhecida a proteção constitucional, o que, por outro lado, não impede que o legislador estabeleça determinadas distinções ou limitações, sujeitas, contudo, ao necessário controle de constitucionalidade."

Observa, ainda, mencionado autor⁸⁹ que, mesmo as pessoas jurídicas de direito público são titulares de direitos fundamentais e não apenas destinatárias dos mesmos, em que pese tal questão ser controvertida, sendo que a própria Constituição prevê casos em que as pessoas jurídicas de direito público são titulares de tais direitos, como, por exemplo, os direitos processuais de que são titulares, bem como alguns direitos de cunho material, como aqueles atinentes às Universidades (art. 207, autonomia universitária), às autarquias e fundações, que podem ser titulares do direito de propriedade, entre outros.

Assim, um pouco mais complicada a questão da titularidade de direitos

⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional; 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2007, p. 262.

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 236.

⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 237/238.

fundamentais pelas pessoas jurídicas, principalmente pessoas jurídicas de direito público, do que pelas pessoas naturais. Todavia, a doutrina reconhece referida titularidade a tais entes, desde que levada em conta sua condição de pessoa jurídica, principalmente por que a própria Constituição possui disposições expressas relativas aos direitos destas pessoas.

2.8.4 Animais

Ingo Wolfgang Sarlet⁹⁰ afirma que já há quem defenda a existência de direitos dos animais, semelhantes aos direitos da pessoa humana, principalmente em razão da preocupação crescente com o meio ambiente, bem como a previsão expressa na Constituição Federal de 1988 do dever de proteção da fauna e flora (art. 225, inc. VII).

Conforme referido autor⁹¹, mesmo que não seja possível atribuir titularidade de direitos humanos aos seres vivos não-humanos, tem-se reconhecido a fundamentalidade da vida para além da humana, razão pela qual deve haver deveres de tutela e proteção desta vida, especialmente em relação aos animais, que são seres sensitivos.

Veja-se que, atualmente, existe toda uma preocupação acerca dos animais, tendo sido, inclusive, considerado como contravenção penal os maus tratos a animais, conduta esta passível de punição.

O autor supracitado arremata, ainda, afirmando que:

"Ainda que não haja um consenso a respeito da matéria, especialmente sobre se existe uma titularidade subjetiva de direitos fundamentais, que apenas não poderiam ser exercidos "pessoalmente", no plano processual, pelos seus titulares, o fato é que já

⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 238.

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 239.

existem diversas decisões judiciais, inclusive do STF, reconhecendo, como decorrência também do direito fundamental a um meio ambiente saudável e dos dispositivos constitucionais versando sobre a proteção da fauna, a necessária proteção dos animais, ainda que em detrimento do exercício de determinados direitos ou interesses de pessoas ou grupos humanos."

A propósito, podemos mencionar as decisões do STF proferidas na ADI N. 3776-5/RN, Rel. Min. Cezar Peluso; na ADI N. 2.514-7/SC, Rel. Eros Grau; e na ADI N. 1.856-6/RJ, Rel. Carlos Velloso, cujas ementas seguem abaixo transcritas:

"EMENTA: INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei nº 7.380/98, do Estado do Rio Grande do Norte. Atividades esportivas com aves das raças combatentes. "Rinhas" ou "Brigas de galo". Regulamentação. Inadmissibilidade. Meio Ambiente. Animais. Submissão a tratamento cruel. Ofensa ao art. 225, §1º, VII, da CF. Ação julgada procedente. Precedentes. É inconstitucional a lei estadual que autorize e regulamente, sob título de práticas ou atividades esportivas com aves de raças ditas combatentes, as chamadas "rinhas" ou "brigas de galo".

"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 11.366/00 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ATO NORMATIVO QUE AUTORIZA E REGULAMENTA A CRIAÇÃO E A EXPOSIÇÃO DE AVES DE RAÇA E A REALIZAÇÃO DE "BRIGAS DE GALO".

A sujeição da vida animal a experiências de crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil. Precedentes da Corte. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente."

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. MEIO-AMBIENTE. ANIMAIS: PROTEÇÃO: CRUELDADE. "BRIGA DE GALOS".

I – A Lei 2.895, de 20.03.98, do Estado do Rio de Janeiro, ao autorizar e disciplinar a realização de competições entre "galos combatentes", autoriza e disciplina a submissão desses animais a tratamento cruel, o que a Constituição Federal não permite: C.F. art. 225, §1º, VII.

II – Cautelar deferida, suspendendo-se a eficácia da Lei 2.895, de 20.03.98, do Estado do Rio de Janeiro".

Verifica-se, assim, a existência de um grande avanço acerca da questão da titularidade de direitos fundamentais pelos animais, sendo aceita a sua proteção tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência.

2.8.5 Sujeitos passivos

Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet⁹² sustentam que o Estado sempre fora visto como o principal destinatário dos direitos fundamentais, tendo os mesmos sido concebidos para limitar o poder estatal e proteger o indivíduo contra o Poder Público. Ocorre que, diante das crises econômicas e sociais do século XX, o Estado deixou de ser o vilão para também passar a ser o responsável pela preservação dos direitos fundamentais pelos particulares. Assim, os particulares também são sujeitos passivos dos direitos fundamentais e não apenas o Estado, pois de nada adiantaria tais direitos serem protegidos contra as arbitrariedades do Poder Público e violados pelos particulares nas suas relações privadas.

Observam⁹³, ainda, que há certos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 dirigidos diretamente a particulares, como aqueles atinentes aos direitos dos trabalhadores, cujo destinatário é o empregador, como, por exemplo, o direito de gozar férias anuais remuneradas e com 1/3 da remuneração (inc. XVII do art. 7) ou a proibição de o empregador estabelecer diferenças de salários e de critérios de admissão, por motivo de sexo, cor, idade ou estado civil.

Ressaltam, também, que há casos em que não se tem dúvidas de que o direito tem como titularidade passiva apenas o Estado, como os direitos políticos do voto direto, secreto, universal e periódico (art. 14) que não são de observância obrigatória pelas deliberações ocorridas em entidades privadas, entre outros.

Porém, há determinados direitos, geralmente os direitos de defesa, em que persiste a dúvida sobre até que ponto devem ser observados pelas entidades privadas. Tal questão levanta polêmica, tendo em vista haver possível colisão com o princípio fundamental da

⁹² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional; 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2007, p. 265.

⁹³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional; 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2007, p. 266/267.

autonomia individual, em especial a liberdade de contratar. Ademais, não podemos perder de vista que os direitos fundamentais historicamente foram criados para proteger o indivíduo contra o Estado, em razão da sua preponderância sobre o indivíduo. Assim, o problema reside em sabermos quando os direitos fundamentais devem ser observados pelo particular, em face do princípio da autonomia da vontade, que mesmo não estando previsto expressamente na CF de 1988 encontra abrigo em alguns dispositivos, como no próprio art. 5º que fala da liberdade em geral, bem como no art. 1º, III da CF, que abriga o princípio da dignidade da pessoa humana que não pode ser imaginado sem a necessária autodeterminação.

A situação complica mais ainda quando os particulares estiverem em uma relação de igualdade, hipótese em que se deve fazer uma ponderação dos valores envolvidos e buscar não sacrificar totalmente um direito fundamental nem o princípio da autonomia da vontade. A liberdade enseja a aceitação da limitação de um direito fundamental da pessoa, mas que deve ser vista com cautela quando se tratar de relação entre desiguais.

Assim, concluem os autores⁹⁴ supracitados que:

"Há, então, de se realizar uma ponderação entre o princípio da autonomia e os valores protegidos como direitos fundamentais, tendo como parâmetro que a idéia do homem, assumida pela Constituição democrática, pressupõe liberdade e responsabilidade- o que, necessariamente, envolve a faculdade de limitação voluntária dos direitos fundamentais no comércio das relações sociais, mas que também pressupõe liberdade de fato e de direito nas decisões sobre tais limitações".

Embora se tenha concluído acerca do dever de observância dos direitos fundamentais pelos particulares, não se pode negar que tais direitos são muito mais rigorosos para o Poder Público.

Segundo Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet⁹⁵ o legislador deverá

⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional; 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2007, p. 266/267.

prever os casos em que os particulares devem se submeter ao cumprimento dos direitos fundamentais, cabendo ao Judiciário apreciar a observância do princípio da proporcionalidade. Ademais, tal questão é muito subjetiva, de modo que seu tratamento pode variar de acordo com a localidade e com a época.

Acerca da obrigação de observância dos direitos fundamentais pelos particulares, surgiram duas correntes, a da aplicação imediata dos direitos fundamentais aos particulares, segundo a qual tais direitos devem ser obedecidos pelos entes privados prontamente, e a da aplicação mediata em que tais direitos são obedecidos segundo as normas de direito privado de forma indireta.

Os autores supracitados⁹⁶ referem que nos Estados Unidos os direitos fundamentais são titularizados passivamente apenas pelo Estado, não estando os particulares submetidos aos mesmos. Todavia, a Suprema Corte Americana já se pronunciou no sentido de que tais direitos devem ser observados pelos entes privados quando estes exercerem uma atividade de interesse público ou receberem subvenção do governo.

No Brasil, os direitos fundamentais são direcionados também aos particulares e protegidos nas relações privadas por modos variados, seja através de intervenções legislativas, como, por exemplo, aquelas que protegem os economicamente mais fracos nas relações de consumo ou os hipossuficientes nas relações de trabalho.

A propósito, por se tratar de questão atinente a sujeição aos direitos fundamentais pelos particulares, transcrevemos a ementa da decisão proferida no Recurso Extraordinário 201.819-8/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie:

⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional; 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2007, p. 268/269.

⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional; 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2007, p. 272.

“EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO PROVIDO.

I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem judicial, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores – UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5, LIV e LV, CF/88)”.

Pelo que se pôde constatar, em que pese ser o Estado o principal sujeito passivo ou destinatário dos direitos fundamentais, os particulares não se eximem da sua observância, devendo respeitá-los.

CAPÍTULO 3 - O PAPEL DO PODER PÚBLICO NA PROTEÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Estado, representado pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, é o principal titular passivo ou destinatário dos direitos fundamentais. Ademais, uma das características dos direitos fundamentais é a vinculação dos Poderes Públicos no sentido de que o Estado deve não apenas proteger tais direitos (direitos de defesa) como também implementá-los (direitos à prestação).

Com efeito, os Poderes Constituídos estão vinculados aos direitos fundamentais, devendo pautar seus atos em conformidade com os mesmos, não sendo crível desprezá-los, pois tais direitos encontram-se previstos na Constituição Federal. Além de respeitá-los, no sentido de não lesar um direito fundamental do respectivo titular, se constatará mais adiante, que o Estado tem o dever, ainda, de concretizá-los, ou seja, de disponibilizar os meios necessários a sua fruição, seja através da expedição de atos normativos, seja mediante a adoção de políticas públicas, ou, ainda, através da concretização dos direitos via judicial, situação em que o Poder Judiciário determina a implementação de determinado direito fundamental, calcado no dever constitucional dos Poderes Públicos defender e garantir tais direitos, sob pena de lesão à própria Constituição.

Segundo Maria Paula Dallari Bucci⁹⁷, o surgimento dos direitos sociais modificou o direito, antes apegado a uma postura abstencionista do Estado, passando este a ter que agir, a ter de prestar uma obrigação de fazer. Em razão desta nova concepção demonstra-se relevante o enquadramento das políticas públicas como categoria jurídica, pois se passou a

⁹⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas Públicas Reflexões sobre o conceito jurídico, 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2006, p. 2/3.

buscar a concretização dos direitos humanos.

Assim, percebe-se que os direitos fundamentais de segunda geração, que basicamente englobam os direitos econômicos, sociais e culturais, surgiram para garantir o gozo dos direitos individuais, representados pelos direitos de primeira geração. Por fim, os direitos de terceira geração, que correspondem ao direito ao meio ambiente equilibrado, à biodiversidade e o direito ao desenvolvimento, surgiram em meio a uma indefinição dos direitos individuais quanto a sua extensão, levando em conta, também, direitos de pessoas ainda não nascidas, ultrapassando o indivíduo e alcançando uma concepção de humanidade, razão pela qual os direitos de terceira geração são chamados de "transgeracionais".

A autora supracitada⁹⁸ assevera, ainda, que:

"A percepção dessa evolução evidencia que a fruição dos direitos humanos é uma questão complexa, que vem demandando um aparato de garantias e medidas concretas do Estado que se alarga cada vez mais, de forma a disciplinar o processo social, criando modos de institucionalização das relações sociais que neutralizem a força desagregadora e excludente da economia capitalista e possam promover o desenvolvimento da pessoa humana".

As políticas públicas podem ser encontradas expressamente nas Constituições dos Estados, em leis e outros atos normativos infralegais, como decretos e portarias, bem como em outros instrumentos jurídicos, como os contratos de concessão de serviço público, por exemplo.

Um conceito singelo de política pública, para a autora⁹⁹ supracitada, seria "programa de ação governamental, visando realizar objetivos determinados".

⁹⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas Públicas Reflexões sobre o conceito jurídico, 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2006, p. 04.

⁹⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas Públicas Reflexões sobre o conceito jurídico, 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2006, p. 11.

Assim, complementa a ilustre autora¹⁰⁰ que:

"A política pública é definida como um programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito".

Quanto às políticas públicas previstas constitucionalmente, Ana Paula Dallari¹⁰¹ menciona: o Capítulo II, das Finanças Públicas, do Título VI, Da Tributação e Orçamento, sendo que o PPA e a LDO são considerados as expressões jurídicas de políticas públicas por excelência; os Títulos da Ordem Econômica e Financeira e da Ordem Social; o art. 182 da CF, que disciplina a política urbana; o art. 196 da CF, que estrutura as prestações em matéria de saúde; entre outros.

De acordo com Fernando Aith¹⁰²:

"Os governos representativos devem, assim, executar políticas que busquem a promoção e proteção dos direitos humanos, sendo que qualquer política que não tenha essa finalidade torna-se, imediatamente, uma política inconstitucional (ou ilegal), por ser contrária aos interesses dos seres humanos que compõem o Estado".

(...)

"O Estado, organização política da sociedade, possui sua existência focada, como visto, na promoção e proteção dos direitos humanos. O desenvolvimento de um Estado será tanto maior quanto maior for a rede de proteção dos direitos humanos oferecida, através de políticas públicas eficazes".

Para o mesmo autor¹⁰³: "considera-se política pública a atividade estatal de elaboração, planejamento, execução e financiamento de ações voltadas à consolidação do Estado Democrático de Direito e à promoção e proteção dos direitos humanos".

Complementa, ainda, que as políticas públicas têm como principal sujeito passivo

¹⁰⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas Públicas Reflexões sobre o conceito jurídico, 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2006, p. 14.

¹⁰¹ BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas Públicas Reflexões sobre o conceito jurídico, 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2006, p. 14/15.

¹⁰² BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas Públicas Reflexões sobre o conceito jurídico, 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2006, p. 218/219.

¹⁰³ BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas Públicas Reflexões sobre o conceito jurídico, 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2006, p. 232/233.

o Estado, representado preponderantemente pelo Poder Executivo que atua tanto pela Administração Direta quanto pela Indireta (através das autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista), mas também através dos demais poderes (Legislativo e Judiciário). Observa, contudo, que, atualmente, cada vez mais se tem admitido como parceira na implementação de políticas públicas a sociedade civil organizada.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet¹⁰⁴ (p. 304), os direitos sociais de cunho prestacional, que demandam a distribuição e criação de bens materiais, possuem uma dimensão econômica mais acentuada, em que pese todos os direitos fundamentais terem uma dimensão positiva e uma relevância econômica. Com efeito, mesmo os direitos de defesa, caracterizados por uma postura abstencionista do Estado, possuem uma dimensão econômica, na medida em que, para a sua garantia, devem ser disponibilizados recursos humanos e materiais.

A problemática surge com relação à existência de recursos e a possibilidade de o destinatário da norma de direito fundamental dispor dos mesmos, uma vez que o Estado não pode dispor livremente dos recursos públicos existentes. Assim, há que se ter presente duas condições: a) existência de recursos suficientes; e b) capacidade jurídica do destinatário de dispor dos recursos.

Ingo Wolfgang Sarlet¹⁰⁵, citando decisão da Corte Constitucional Federal da Alemanha acerca do caso *numerus clausus*, sobre o direito de acesso ao ensino superior, acrescenta, ainda, outra condição, qual seja: a razoabilidade da exigência pelo indivíduo, isto é, o Estado só é obrigado a prestar algo que se mantenha nos limites do razoável, não sendo

¹⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 304.

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 306.

crível, por exemplo, que o Estado deva prestar assistência social a quem tenha condições financeiras para garantir o seu sustento.

Estas condições representam aquilo comumente chamado de "reserva do possível", que, segundo o autor supracitado¹⁰⁶, apresenta ao menos uma tríplice dimensão, que abrange: "a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

A propósito, abrindo um parênteses, acerca da perspectiva do titular do direito à saúde, que demanda do Estado o fornecimento de medicação de alto custo, fica difícil verificar a razoabilidade da prestação em face das condições econômicas do indivíduo, em razão do elevadíssimo valor de certos medicamentos. Muitos juízes e Tribunais, inclusive o STF, têm utilizado como fundamento da decisão que determina o Estado a conceder certo remédio ao autor o fato deste ser pessoa carente, sem condições financeiras suficientes para arcar com o custo do remédio. Porém, não podemos perder de vista que a maioria dos remédios que são reivindicados do Estado por portadores de doenças raras e graves não são economicamente acessíveis a quase ninguém, nem mesmo a uma pessoa pertencente à classe média, somente podendo ser adquiridos por aqueles muito ricos, devendo o Judiciário atentar-

¹⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 307.

se para esta questão, sob pena de cometer uma discriminação em favor apenas dos mais necessitados.

Ainda em relação à reserva do possível, Ingo Wolfgang Sarlet¹⁰⁷ observa que:

"A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação - observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos - da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental".

Com base nestas preliminares observações, já se pode perceber o quão complicado é a definição do papel de cada um dos Poderes Estatais, a exigência de garantia e prestação por tais entes, bem como o limite de atuação de cada um, questões estas que tentaremos dimensionar nos tópicos seguintes, referentes à atuação específica de cada um dos Poderes Públicos.

3.1 Atuação do Poder Legislativo

Segundo Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet¹⁰⁸, o Poder Legislativo tem uma vinculação positiva, devendo não apenas proteger os direitos fundamentais como também fomentá-los. Com efeito, o legislador tem o dever de conferir eficácia aos direitos fundamentais. O Estado, aqui representado pelo Poder Legislativo, deve realizar prestações para que o indivíduo possa usufruir os direitos fundamentais. Existem determinados direitos

¹⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 307.

¹⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional; 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2007, p. 235.

que, ante a sua abstração, necessitam de normatização infraconstitucional para serem implementados. A omissão do legislador, neste aspecto, pode ensejar o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

O Poder Legislativo tem, ainda, uma vinculação negativa, por exemplo, não pode desfigurar um direito fundamental por meio de um ato normativo, pois tal conduta será inconstitucional.

Com efeito, o legislador está vinculado aos direitos fundamentais, ele não pode criar leis abertamente confrontantes com os direitos fundamentais e não pode agir de modo desarrazoado. Tal Poder, entretanto, em determinados casos recebe uma autorização para limitar um direito fundamental, quando, por exemplo, está diante de uma norma de eficácia contida. Da mesma forma, o legislador poderá limitá-los quando houver conflito entre normas de direito fundamental. Mas essa limitação deve ser razoável, deve ser proporcional e respeitar o núcleo essencial do direito fundamental (aquela esfera mínima que garante a existência e eficácia do direito fundamental).

Conforme acentuam referidos autores¹⁰⁹, não apenas o legislador comum está sujeito ao respeito aos direitos fundamentais, como também o Poder Reformador, nos termos do §4º do art. 60 da CF, segundo o qual os direitos e garantias individuais não podem ser abolidos através de emendas à Constituição.

Os direitos sociais dependem muito de desenvolvimento legislativo. O legislador deve legislar sobre tais direitos para que possam ser concretizados. Mas o legislador, ao concretizar o direito não pode extingui-lo.

¹⁰⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional; 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2007, p. 236.

Esse tema atrai a chamada teoria da proibição do retrocesso, segundo a qual uma vez que o legislador atribui concretude a um direito fundamental, não pode reduzi-lo posteriormente (teoria da proibição do retrocesso absoluta).

Essa teoria absoluta quase não é acolhida pela doutrina. Com efeito, na doutrina mais ponderada essa teoria é rejeitada, por que os direitos que dependem de concreção, pela sua própria natureza, dependem da circunstância do momento. Ou seja, se esses direitos, pela sua própria natureza, estão submetidos a uma flexibilidade, por que o legislador não pode restringi-lo diante das circunstâncias do momento?

Em razão deste argumento a teoria absoluta da proibição do retrocesso vem sendo repelida.

O que se admite é uma teoria da proibição do retrocesso relativa. O legislador deve ponderar as circunstâncias atuais para permitir a limitação do direito. Assim, se houver razoabilidade e proporcionalidade o legislador poderá restringir o direito que antes teve uma amplitude maior e desde que se respeite a eficácia mínima dos direitos fundamentais (deve-se verificar caso a caso).

Assim, por exemplo, se não existem recursos para toda a saúde, o Estado delimitará as ações de saúde que serão atendidas. Os direitos estão submetidos a uma reserva do possível. O legislador, a vista da sua avaliação da existência de recursos, determinará em que medida os direitos serão satisfeitos. Em suma, o legislador é que determinará quando os direitos serão satisfeitos.

A propósito, desenvolveu-se a teoria da eficácia mínima dos direitos fundamentais. Como os recursos são limitados, o legislador estabelece quais direitos serão satisfeitos, mas desde que atendidos pelo menos em um grau mínimo. Essa eficácia mínima consiste em se estabelecer que pelo menos em certo grau mínimo todos os direitos fundamentais devem ser

garantidos pelo Estado.

Porém, existe a dúvida em que consiste esta eficácia mínima dos direitos fundamentais, mas não há uma resposta absoluta, devendo-se verificar caso a caso e com certa prudência.

Apenas para exemplificar, o Supremo Tribunal Federal (RE 410.715, Rel. Celso de Mello, julgado em 22/11/2005) entendeu que o dever do Estado de fornecer o coquetel para tratar a AIDS consiste no grau mínimo do direito a saúde. Logo, argumentos orçamentários não poderão ser utilizados para justificar o não fornecimento do medicamento ao paciente. Assim, o importante é que o administrador não poderá alegar inexistência de recurso.

Assim, será que essa proibição do retrocesso deve ser compreendida de modo absoluto? Entendemos que não. Abaixo do grau mínimo é que o legislador não poderá dispor dos direitos. A proibição do retrocesso opera para que a redução do direito fundamental seja justificada, devendo ser balanceada com a expectativa do cidadão. Deve haver um balanço entre a necessidade de limitação pelo Estado e a expectativa do cidadão.

Outro aspecto importante ressaltado por Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet¹¹⁰ é que alguns autores, como José Gomes Canotilho, por exemplo, entendem que o legislador pode reduzir o direito, mesmo fora do grau mínimo, desde que haja uma compensação. Segundo eles, se o direito fundamental puder ser satisfeito de outra forma, o legislador poderá restringir o direito mesmo em seu grau mínimo.

Aplicando-se essa teoria, o Programa Bolsa Família, por exemplo, programa do governo federal criado pela Lei n. 10.836, de 9 de janeiro de 2004, com o intuito de conferir às famílias de baixa renda uma quantia em dinheiro para que elas possam prover suas

¹¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional; 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2007, p. 236.

necessidades básicas, somente poderia ser extinto caso o legislador previsse outra forma de ajuda que compensasse a anterior.

Analisando o direito positivo brasileiro, Ana Paula Dallari Bucci¹¹¹ observa que, principalmente a partir de 1990, surgiu um vasto número de normas gerais implementadoras de políticas públicas, citando como exemplos: a Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, que estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente e cria o Sistema Nacional do Meio Ambiente; a Lei n. 9.433, de 8 de janeiro de 1997, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos; a Medida Provisória n. 213/04, convertida na Lei n. 11.096, de 13 de janeiro de 2005, que instituiu o Programa Universidade para Todos (ProUni), etc.

Podemos, ainda, citar como exemplo de atuação legislativa em prol dos direitos fundamentais, a edição da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, iniciativa esta alicerçada no escopo de promover o desenvolvimento econômico e social no país.

Um caso interessante de atuação do legislador que fora objeto de impugnação perante o STF é o constante na ADI 1.950-3/SP Rel. Min. Eros Grau, RECTE. Confederação Nacional do Comércio – CNC, RECDO. Governador do Estado de São Paulo.

O presente caso versa sobre a constitucionalidade de lei que assegura aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino a meia-entrada em casas de diversão, esporte, cultura e lazer, em face da livre iniciativa e da ordem econômica.

¹¹¹ BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas Públicas Reflexões sobre o conceito jurídico, 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2006, p. 13.

Referida Ação Direta de Inconstitucionalidade fora ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio – CNC, que requereu a declaração de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 7.844/92, do Estado de São Paulo, que assegura aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino de primeiro, segundo e terceiro graus, existentes no Estado, o pagamento de meia-entrada do valor cobrado para o ingresso em casas de diversão, de espetáculos teatrais, musicais e circenses, em casas de exibição cinematográfica, praças esportivas e similares das áreas de esporte, cultura do lazer do Estado de São Paulo.

Os argumentos da requerente consistem em que o dispositivo legal impugnado ofende os artigos 170 e 174 da Constituição Federal de 1988, pois configura indevida intervenção do Estado no domínio econômico e que a intervenção na economia somente é aceitável em casos excepcionais à União, havendo, assim, inconstitucionalidade formal.

Por outro lado, a Assembléia Legislativa rebate a alegação de inconstitucionalidade formal, no sentido de que, de acordo com o art. 24, I, da CF/88, os Estados possuem competência concorrente para legislar sobre direito econômico e a matéria não fora objeto de regulamentação no âmbito federal. Sustenta, ainda, que referido dispositivo não está a fixar preços e que o objetivo do mesmo é fomentar o acesso à cultura aos estudantes.

Por sua vez, o Governador do Estado de São Paulo defende referido dispositivo legal com base na alegação de que o mesmo não contraria a liberdade de empresa dos promotores de eventos, pois encontra guarida nas diretrizes traçadas pelos artigos 205, 208, 215 e 217, todos da Constituição.

Segundo o Min. Relator Eros Grau, primeiramente não há inconstitucionalidade formal, pois não só a União pode atuar sobre o domínio econômico, mas também os Estados e

Distrito Federal, detendo eles competência concorrente para legislar sobre direito econômico, nos termos do art. 24, I, da CF/88.

Também no campo material, entendeu o Ministro não haver inconstitucionalidade.

Na sua ótica, o fato de ter a Constituição de 1988 conferido primordial importância à livre iniciativa não significa que o Estado só deve intervir na economia em casos excepcionais.

Explica ele que a Constituição não é simples instrumento de governo, pois enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade, que devem pautar-se nos preceitos dos artigos 1º, 3º e 170 da CF/88.

Segundo o Relator, o mercado é uma instituição jurídica e a intervenção do Estado na vida econômica identifica-se como um princípio de segurança, conforme entendimento de Avelãs Nunes, não podendo desenvolver-se livremente de acordo com suas próprias leis, sob pena de causar grandes males.

Com relação ao princípio da livre iniciativa, entende o Ministro que a mesma não se resume a “princípio básico do liberalismo econômico” ou a “liberdade de desenvolvimento da empresa”. Para ele não se pode querer defender apenas o capitalismo, tendo a livre iniciativa um papel muito mais amplo.

Com efeito, a livre iniciativa não é titulada apenas pelas empresas, mas também pelo trabalho, entende o Relator, pois a Constituição também contempla a “iniciativa do Estado”, não sendo exclusiva da empresa.

Ademais, consta no Voto do Relator que: “Os preceitos atinentes à ordem econômica contidos em nossa Constituição não podem ser interpretados isoladamente, destacados da totalidade que o texto constitucional é.”

Assim, conclui que se de um lado a Constituição consagra a livre iniciativa, de outro obriga o Estado de assegurar o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto, nos termos dos artigos 23, 205, 208, 215 e 217, todos da Constituição Federal.

Segundo seu entendimento, no cotejo entre os princípios em tela, deve prevalecer aqueles que guardam o interesse da coletividade e garantem o interesse público primário, em detrimento daquele que protege apenas o interesse individual de empresas, que visam ao lucro e a acumulação de riquezas.

Com base nestas assertivas, o Ministro Relator julgou improcedente o pedido formulado na presente ação.

O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação, acompanhando o relator, tendo sido os Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso votos vencidos.

A fim de garantir o debate em torno desta interessante questão, passaremos a discorrer brevemente acerca do entendimento dos Ministros divergentes, Marco Aurélio e Cezar Peluso.

Segundo o Ministro Marco Aurélio, está intervenção do Estado consubstancia-se em conferir tratamento igual a desiguais, pois não se distingue aquele que tem recursos do que não tem para efetuar o pagamento.

Segundo o mesmo, a referida norma não se demonstra razoável, pois não garante uma contrapartida e, ainda, sobrecarrega a sociedade, uma vez que ocorre a majoração dos ingressos àqueles que não têm o benefício.

Afirma, ainda, que o Estado sequer atua no campo em que é obrigado, como o do ensino fundamental, não sendo razoável prejudicar aqueles que necessitam do mercado para sobreviver e não entrar em falência.

O Ministro Cezar Peluso, por sua vez, acrescenta que esta interferência estaria tabelando prestações de contratos e isso ofenderia o art. 22, I, da CF. Sustenta, ainda, que quem está a garantir a cultura e a educação é o particular e não o Estado, sendo difícil ajustar esta norma ao preceito do art. 23, V, da CF.

Referida matéria é bastante polêmica em face das razões acima expostas e defendidas pelos Ministros do STF no presente julgado.

Pensamos que tal matéria deveria ser tratada em âmbito federal a fim de garantir a unidade de tratamento necessária, devendo, contudo, ser amplamente debatida com a sociedade, que é quem efetivamente “paga a conta”, como bem lembrado pelo Ministro Marco Aurélio.

Ademais, apesar de sermos a favor da concessão da meia-entrada aos estudantes, entendemos que deveria haver uma limitação àqueles alunos carentes, não sendo estendido o benefício a todos, sob pena de subversão de valores, pois o argumento de que tal concessão promove a cultura e a educação pode ser falho na medida em que a majoração do valor dos ingressos em razão deste benefício acaba afastando outras pessoas dos espetáculos e, automaticamente, prejudica o seu acesso à cultura e à educação.

Além disso, entendemos que deveria haver uma regulamentação mais rigorosa acerca da concessão de tal benefício, pois da forma como previsto em algumas leis, qualquer estudante que esteja matriculado em qualquer espécie de curso pode usufruir de tal vantagem, independente da sua idade, do conteúdo do curso e de sua condição financeira, o que acaba gerando um abuso por parte de muitas pessoas, infelizmente.

Em face do que fora exposto e exemplificado, percebe-se que o papel que o Poder Legislativo desempenha no tocante aos direitos fundamentais se revela bastante controvertido, sendo que, mesmo quando tal Poder cumpre com seu dever constitucional de legislar em prol

dos direitos fundamentais é criticado obviamente por aqueles que se sentem prejudicados. Em suma, quando atua, não há como contentar a todos.

3.2 Atuação do Poder Executivo

Quanto à atuação do Poder Executivo, os atos da Administração devem ser praticados em consonância com os direitos fundamentais, sob pena de serem nulos.

Vinculam-se também a tais direitos, da mesma forma que as pessoas jurídicas de direito público, as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público ou que desempenhem alguma função de interesse público.

Uma das formas da Administração Pública, aqui considerada em sentido estrito, prestar e garantir referidos direitos é mediante a devida e eficaz prestação dos serviços públicos.

De acordo com José Carlos Cal Garcia Filho¹¹²:

“Os direitos fundamentais insculpidos no Texto Constitucional estão a demandar concretização. O direito administrativo é um dos instrumentos de que dispõe o Estado para dar cabo nessa tarefa, organizando atividades estatais e não estatais que se encontram voltadas à promoção desses valores fundamentais. O serviço público constitui atividade estatal de caráter eminentemente prestacional, que deve estar voltada à satisfação de necessidades básicas, compreendidas estas, atualmente, como direitos fundamentais”.

Com efeito, os serviços públicos, principalmente aqueles que a Administração presta diretamente à comunidade, por serem imprescindíveis e relevantes, tais como o de saúde pública, constituem uma das formas de a Administração prestar e garantir a todos o acesso a certos direitos considerados fundamentais.

¹¹² Filho, José Carlos Cal Garcia, A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Editora Fórum – Belo Horizonte - ano 8, n. 33, julho/setembro 2008 – Publicação trimestral, p. 25.

A inexecução ou execução precária de tais serviços, por assegurar à população um direito fundamental, como, por exemplo, o direito a saúde, não podem deixar de ser prestados pela Administração, sob pena da mesma ser compelida pelo Poder Judiciário, quando demandado pelo lesado, a prestá-lo.

Não podemos perder de vista que os serviços públicos podem prover direitos fundamentais do cidadão e, como já mencionado no Capítulo 1, submetem-se a um regime jurídico, o regime jurídico-administrativo, submetendo a Administração ao cumprimento de vários princípios, entre eles o do dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação, o da universalidade e o da continuidade.

Vê-se, assim, que uma das vertentes finalísticas de certos serviços públicos é a garantia de direitos fundamentais e, por esta razão, tais serviços não podem deixar de ser prestados ou serem executados inadequadamente, pois o bem atingido é mais importante.

Assim, o administrador público, responsável pela execução desses serviços públicos cujo produto consiste em um direito fundamental do cidadão, tem um encargo maior e uma responsabilidade alargada.

Todo serviço público deve ser voltado ao interesse público e demanda que o administrador atue com zelo e presteza, todavia, aqueles serviços públicos necessários para a garantia de certos direitos fundamentais (como saúde, segurança e educação) requerem uma atuação muito mais eficaz do servidor público no desempenho da atividade administrativa.

Há outras formas de atuação do Poder Público que também são responsáveis pela garantia de direitos fundamentais e que se não praticadas podem reputar o comportamento do Estado como inconstitucional, pois a Constituição Federal determina que o mesmo garanta e preste certos direitos.

A propósito, temos a ADI nº 1.439-1/DF, Relator Ministro Celso de Mello, em que

ficou assentado que:

“EMENTA: DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.

- O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

- Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.”

A ação estatal que pode acarretar o descumprimento do dever constitucional de garantir um determinado direito fundamental pode ocorrer, mediante a não prestação de um serviço público, como também através da edição de um ato normativo, quando este contrariar a Constituição.

Assim, a Administração Pública, ao proferir atos normativos poderá, eventualmente, zelar pela garantia dos direitos fundamentais ou violá-los.

Um exemplo disto é o objeto da ADIN nº 1.969-4/DF, Rel. Ricardo Lewandowski, em que fora declarada a inconstitucionalidade do Decreto distrital 20.098/99, pelas seguintes razões:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO 20.098/99, DO DISTRITO FEDERAL. LIBERDADE DE REUNIÃO E DE MANIFESTAÇÃO PÚBLICA. LIMITAÇÕES. OFENSA AO ART. 5º, XVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

I – A liberdade de reunião e de associação para fins lícitos constitui uma das mais importantes conquistas da civilização, enquanto fundamento das modernas democracias políticas.

II – A restrição ao direito de reunião estabelecida pelo Decreto distrital 20.098/99, a toda evidência, mostra-se inadequada, desnecessária e desproporcional quando confrontada com a vontade da Constituição (Wille zur Verfassung).

III – Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do Decreto distrital 20.098/99”.

Sob outro aspecto, a Administração deve interpretar e aplicar a lei de acordo com os direitos fundamentais. Surge, aqui, a questão do confronto que pode o administrador passar, quando estiver diante uma lei violadora de um direito fundamental, em face de estar atrelado ao princípio da legalidade. Assim, surge a seguinte polêmica: pode o administrador deixar de cumprir com uma lei violadora de um direito fundamental, em face da sua inconstitucionalidade?

A Administração pode até mesmo anular seus próprios atos administrativos, mas isso não vale para atos normativos. O juízo de inconstitucionalidade quem deve fazer é o Poder Judiciário. O que o administrador pode e até mesmo deve fazer, se houver possibilidade, é levar a questão ao Poder Judiciário, utilizando-se dos instrumentos próprios para tanto, todavia, o administrador não pode se recusar a aplicar a lei sob o pretexto de considerá-la inconstitucional.

Assim, quando o agente público não tiver legitimidade para provocar o Poder Judiciário, deverá provocar a autoridade competente para questionar a lei perante aquele Poder.

Todavia, Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet¹¹³, referindo-se ao entendimento de Canotilho, admite-se que o administrador se recuse a aplicar uma lei em benefício de um direito fundamental em casos extremos, como, por exemplo, se o cometimento do ato definido pela lei configurar a prática de um crime.

Por fim, o Poder Executivo está vinculado aos direitos fundamentais sob o aspecto do dever de adoção de políticas públicas que garantam aos cidadãos condições dignas de sobrevivência, pois há uma grande parcela da sociedade brasileira que somente tem acesso a

¹¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional; 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2007, p. 239.

direitos essenciais como saúde, assistência social, educação e segurança, mediante a atuação positiva do Estado que se concretiza mediante a implantação de políticas públicas.

Como exemplos de atuação do Poder Executivo no campo das políticas públicas, Ana Paula Dallari Bucci¹¹⁴ menciona os programas instituídos por ato administrativo, como, por exemplo, os sistemas de transporte municipal nas grandes metrópoles, ou “a política de nacionalização de insumos ou bens, como foi o caso da encomenda de plataformas de exploração de petróleo pelo governo brasileiro, em que o edital definiu as condições de participação de empresas nacionais e estrangeiras, como medida de política de incentivo à indústria nacional e à criação de empregos no Brasil”.

3.3 Atuação do Poder Judiciário

No tocante à atuação do Poder Judiciário, referido Poder também está vinculado aos direitos fundamentais e vem, cada vez mais, assumindo um papel relevante na sua proteção e implementação.

Tal Poder tem por finalidade precípua a proteção dos direitos fundamentais violados, sendo, atualmente, um dos Poderes mais atuantes e eficazes quando se trata de garantir os direitos fundamentais. Ademais, o Judiciário tem a prerrogativa de proteger os direitos fundamentais contra os demais Poderes e de determinar a eles que tais direitos sejam garantidos e respeitados.

O presente tema é bastante controvertido, principalmente no tocante à

¹¹⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas Públicas Reflexões sobre o conceito jurídico, 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2006, p. 21.

possibilidade e limite do Poder Judiciário de exercer o controle das políticas públicas, uma vez que a princípio é o Poder Executivo o responsável pela formulação e implementação das políticas públicas, previamente definidas pelo Poder Legislativo.

A questão que se coloca é se a ingerência do Poder Judiciário no campo das políticas públicas não violaria o princípio da separação dos poderes.

Pertinente, assim, a indagação de Ana Paula Dallari¹¹⁵ no seguinte sentido:

"Uma vez que a política pública é expressão de um programa de ação governamental, que dispõe sobre os meios de atuação do Poder Público - e, portanto, com grande relevo para a discricionariedade administrativa, amparada pela legitimidade da investidura do governante no poder -, como pode, e até que ponto, o Poder Judiciário apreciar determinada política pública sem que isso represente invasão indevida na esfera própria da atividade política de governo?"

A autora supracitada responde¹¹⁶ no sentido de que a própria Constituição autoriza esta possibilidade no seu art. 5º, XXXV, segundo o qual: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Assim, conclui que: "o Judiciário tutela as políticas públicas na medida em que elas expressem direitos".

Os meios judiciais mais adequados para a reivindicação das políticas públicas são as ações coletivas, todavia, conforme Ana Paula Dallari¹¹⁷ o efeito social mais importante não é alcançado pelo resultado de cada ação, mas sim através da alteração de cultura acerca dos direitos coletivos, abandonando-se aquela noção privatista do direito.

A Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1987, Lei da Ação Civil Pública, dispõe, ainda,

¹¹⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas Públicas Reflexões sobre o conceito jurídico, 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2006, p. 23.

¹¹⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas Públicas Reflexões sobre o conceito jurídico, 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2006, p. 31.

¹¹⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas Públicas Reflexões sobre o conceito jurídico, 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2006, p. 32.

de outros instrumentos de perfectibilização de políticas públicas, como por exemplo, o inquérito civil e o termo de ajustamento de conduta, meio através do qual o Estado se vê obrigado a executar determinada política pública.

Uma das críticas a respeito da atuação do Poder Judiciário no campo das políticas públicas é a de que referido Poder, ao decidir, não está vinculado a disponibilidade dos meios, como o Poder Executivo está, o que pode acarretar decisões específicas com conseqüências imprevisíveis sobre o universo de direitos alheios aos limites da lide, conforme Ana Paula Dallari¹¹⁸.

Essa questão é muito debatida naquelas ações judiciais cujo objeto consiste na obrigação do Estado de fornecer a um determinado indivíduo um remédio de alto custo. Os argumentos contrários à procedência do pedido geralmente são a violação ao princípio da separação dos poderes, a invasão ao poder discricionário do administrador e, principalmente, a inexistência de recursos orçamentários, sendo que o atendimento de um determinado caso específico pelo Estado poderá comprometer o orçamento destinado à saúde dos demais cidadãos.

Geralmente, quando o direito fundamental em questão é a saúde e a vida do indivíduo, o Judiciário, inclusive o STF, não tem acatado esses argumentos de defesa do Estado e tem deferido os pedidos de concessão de medicamentos de alto custo.

A propósito, vale comentar dois casos submetidos à análise e julgamento do Supremo Tribunal Federal, que retratam esta questão (Suspensão de Tutela Antecipada 278-6 ALAGOAS e 268-9 RIO GRANDE DO SUL).

¹¹⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas Públicas Reflexões sobre o conceito jurídico, 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2006, p. 33.

Trata-se de dois casos julgados recentemente pelo Supremo Tribunal Federal acerca da determinação imposta pelo Poder Judiciário aos Estados e Municípios de fornecerem medicamentos considerados de alto custo em favor de paciente portador de moléstia grave.

Referidos casos guardam relação com os princípios da separação de poderes e da dignidade da pessoa humana, sendo o primeiro geralmente utilizado como argumento a favor do Estado e o segundo a favor do paciente.

Com efeito, a dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos sociais, enseja a argumentação defensiva de que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória destas políticas, violaria o princípio da separação de poderes e da reserva do financeiramente possível. Por outro lado, o Poder Judiciário tem fundamentado suas decisões com base no princípio da dignidade da pessoa humana para determinar o Estado a conceder medicamentos de alto custo à pacientes acometidos de doenças graves e que correm risco de vida caso não utilize a medicação logo, configurando-se o que se chama de “escolha-trágica”.

Em ambos os casos supracitados, o Ministro Gilmar Mendes, determinou que Estado e Município forneçam, gratuitamente, remédio a portadoras de leucemia crônica.

Referido ministro manteve a decisão dos Tribunais de Justiça de Alagoas e do Rio Grande do Sul que determinaram que os respectivos Estados arcassem com o tratamento de duas portadoras de leucemia.

Segundo a decisão proferida na Suspensão de Tutela Antecipada 268-9, o Estado do Rio Grande do Sul e o Município de Igrejinha (RS) deverão fornecer o remédio Glivec 400mg para uma portadora de leucemia crônica. O magistrado de 1º grau se baseou no fato de

a paciente ter comprovado não possuir condições de arcar com o tratamento, e com a falta do remédio no Município.

Conforme o Ministro Gilmar Mendes, o juiz determinou o fornecimento do medicamento com fundamento na aplicação imediata do direito fundamental social à saúde e a sua decisão seguiu as normas constitucionais que fixaram a competência comum da União, dos Estados e dos Municípios para cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

Nos termos da sua decisão: “Não configura lesão à ordem pública a determinação para que o Município de Igrejinha arque, juntamente com o estado do Rio Grande do Sul, com as despesas do tratamento requerido”.

Lembrou-se também que o remédio consta da lista de medicamentos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), e que existe nos autos laudo comprovando que a paciente necessita com urgência de altas doses do Glivec 400mg e não tem condições de comprar.

Já na Suspensão de Tutela Antecipada 278-6 - Alagoas, a portadora de leucemia precisa de tratamento estimado em cerca de R\$ 162 mil. A paciente alegou não dispor de recursos financeiros para arcar com as despesas.

Constou na referida decisão:

“Apesar da responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde suscitar questões delicadas, a decisão impugnada, ao determinar a responsabilidade do Estado no fornecimento do tratamento pretendido, segue as normas constitucionais que fixaram a competência comum (artigo 23, II, da CF), a Lei Federal 8.080/90 (artigo 7º, XI) e a jurisprudência desta Corte”.

No presente caso, o pedido foi apresentado pelo Estado de Alagoas contra decisão da 17ª Vara Cível da Comarca de Maceió, mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado.

Conforme o Ministro Gilmar Mendes: “A decisão que determinou ao Estado de Alagoas o seu fornecimento, se suspensa, poderá acarretar dano irreparável para a autora”.

Tanto o Estado de Alagoas quanto o Rio Grande do Sul recorreram ao STF e ambos alegaram lesão à ordem e à economia públicas e violação ao princípio da separação de poderes.

Por fim o Ministro supracitado entendeu que não há grave risco para o Estado a ponto de garantir uma medida excepcional que é a suspensão da tutela antecipada.

Referidas decisões não contrariam o entendimento até então adotado pelo STF sobre o assunto.

Quanto à argumentação de lesão ao princípio da separação dos poderes entendemos que não prospera, pois o Poder Judiciário só tem que atuar nos casos concretos que lhe são submetidos em razão da omissão do Executivo. Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana deve preponderar na análise desses casos, pois é a base do próprio conceito de direitos fundamentais, sendo um deles o direito à vida.

Da mesma forma, quando o direito envolvido é a educação, o STF não acolhe os argumentos dos entes públicos geralmente no sentido de que não cabe somente à Municipalidade a prestação da educação infantil, mas também aos Estados e à União, ficando o Município sem orçamento público suficiente quando não há o repasse dos recursos devidos.

Nesse sentido temos a decisão proferida no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.410.715-5, cuja ementa transcreve-se a seguir:

"EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, S 2) - RECURSO IMPROVIDO.

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que,

deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

- Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar-se, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impõe o próprio texto da Constituição Federal.

- A 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.

- Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, S 2) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV) não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

- 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 incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional."

Verifica-se que o fundamento da decisão utilizado pelo STF é o de que o descaso, a má-gestão dos recursos públicos e a ineficiência do Poder Público não podem levar a não implementação de direitos constitucionalmente garantidos.

Concordamos com os argumentos adotados no bojo da maioria das decisões proferidas pelo STF, no tocante à possibilidade do Judiciário determinar, excepcionalmente, que o Poder Público formule e execute determinadas políticas públicas. Todavia, não podemos perder de vista que o Judiciário não está livre de cometer excessos, principalmente por não deter conhecimento integral da situação, nem do montante de recursos orçamentários destinados para uma ação estatal específica.

Não podemos, também, generalizar e deduzirmos que sempre os recursos públicos

são desviados pelo administrador e aplicados em fins distintos para os quais foram criados.

Uma situação, por exemplo, que demonstra esse excesso e desacerto do Poder Judiciário, são aqueles vários julgados que o STF tem proferido acerca da concessão do Benefício de Prestação Continuada - BPC, criado pela Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que definiu os requisitos necessários para os portadores de deficiência e idosos gozarem do referido benefício.

O STF entende que os requisitos delimitados em lei são muito rigorosos e, assim, amplia os mesmos para garantir a concessão do benefício a um determinado indivíduo. Um dos argumentos utilizados pela Corte é a de que os requisitos previstos para a concessão do Programa Bolsa Família, instituído pela Lei n. 10.836, de 9 de janeiro de 2004, são mais flexíveis e, portanto, devem ser utilizados por analogia também para a concessão do BPC.

Não concordamos com esta argumentação, pois se está pretendendo aplicar as mesmas regras para coisas distintas, para benefícios diferentes que, embora visem ajudar pessoas carentes e necessitadas, se prestam a objetivos diferentes, têm titulares diferentes e valores diversos, não guardando uma forte relação entre si.

Com efeito, para a concessão do benefício do Bolsa Família a Lei previu requisitos mais simples, pois o Estado almejou alcançar um grande número de pessoas de baixa renda e proporcionar-lhes uma ajuda financeira não apenas para auxiliar na sua subsistência, mas também como forma de incentivar as famílias a arranjar um emprego, a manter seus filhos nas escolas e a cuidarem da saúde dos mesmos. Referido benefício, assim, exige uma contraprestação por parte dos beneficiários que, caso não comprovem o seu cumprimento, perderão o auxílio. Como o número de beneficiários visados é muito amplo, fora previsto um valor relativamente pequeno de auxílio, dentro das possibilidades orçamentárias do Estado.

Por outro lado, o Benefício de Prestação Continuada fora instituído em prol apenas

dos deficientes físicos e dos idosos que não tenham condições financeiras de se manterem sozinhos, sendo concedido independente de qualquer contraprestação pelos seus titulares. Basta que se preencham os requisitos legais exigidos que o Estado concederá o benefício enquanto perdurarem as condições exigidas, ou seja, por tempo indeterminado. Ademais, o valor pago para este benefício corresponde a um salário mínimo, valor este, muito superior ao pago no Bolsa Família.

Assim, se se aplicar os requisitos do Bolsa Família para a concessão do BPC, no valor de um salário mínimo, a União não disporá de recursos orçamentários suficientes.

Conforme Ana Paula Dallari¹¹⁹, outra crítica que se faz é a de que poderá ocorrer a judicialização da política, em que a iniciativa de juízes substituirá a iniciativa do Poder Executivo de escolher seu plano de governo, bem como a iniciativa legislativa atinente às políticas públicas, notadamente na área orçamentária, administrativa e de serviços públicos.

A vinculação do Judiciário demonstra-se um pouco problemática na medida em que é tal Poder que dará a última palavra sobre em que consiste o direito fundamental. O que se propõe para minorar esse risco é que o Judiciário deve respeitar a margem de discricionariedade do legislador na conformidade do direito fundamental. O juiz deve reconhecer que há uma margem de apreciação racional do legislador.

Por fim, o Poder Judiciário também está vinculado aos direitos fundamentais na sua interpretação do direito, devendo privilegiar a finalidade e não somente dar primazia à forma. Assim, quando o juiz, em nome das leis processuais, atrasa demasiadamente o processo não está agindo a favor da aplicação dos direitos fundamentais. O magistrado não

¹¹⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas Públicas Reflexões sobre o conceito jurídico, 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2006, p. 33.

deve se apegar demais à formalidade, pois isto não condiz com sua vinculação aos direitos fundamentais, principalmente ao direito de acesso à justiça, que é considerado um direito fundamental. Com efeito, a interpretação da norma pelo magistrado deve se coadunar com o direito de acesso à justiça e da prestação da justiça de forma célere.

Como se viu, o Poder Judiciário detém um papel relevantíssimo relativamente à proteção e implementação dos direitos fundamentais, mas deve agir com cautela e sem excessos. Tal Poder, atualmente, vem se destacando cada vez mais neste assunto, o que, de certa forma, é preocupante, pois se conclui que os outros Poderes não estão atuando devidamente, uma vez que o Poder Judiciário, em razão da inércia que o caracteriza, somente pode atuar quando demandado pela parte lesada.

CONCLUSÃO

O Poder Público, representado pelos três Poderes de Estado, quais sejam, Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, tem como uma de suas principais funções a proteção e a implementação dos direitos fundamentais. Pode-se dizer, até mesmo, a criação do Estado Democrático de Direito se deu em função dos direitos fundamentais.

Com efeito, de nada adiantaria a previsão constitucional ou em outros instrumentos de direitos constitucionais sem a presença do Estado para protegê-los e concretizá-los.

Essa concepção passou a ser mais forte com o surgimento da 2ª geração de direitos fundamentais, que abrange os chamados direitos sociais, pois a partir daí tais direitos passaram a exigir a presença do Estado para a garantia de sua fruição, ao contrário, da época em que eram reconhecidos apenas os direitos de 1ª geração, quando o Estado deveria se afastar e assumir uma postura abstencionista.

Aos Poderes de Estado, o Constituinte reservou funções típicas e compete a cada um deles, sem invadir a competência dos outros, no desempenho de seu dever constitucional, adotar condutas em prol dos direitos fundamentais. Referidas condutas tanto podem ser no sentido de protegê-los, não permitindo que sejam violados pelo próprio Estado ou por particulares, quanto intuito de implementá-los, ou seja, fazer com que tais direitos possam ser efetivamente usufruídos por quem de direito.

Desde o surgimento dos direitos fundamentais até a atualidade há uma indefinição acerca da definição de tais direitos. Mesmo alguns direitos inseridos na própria Constituição, fora do Título II, sobre os Direitos e Garantias Fundamentais, suscitam dúvidas acerca da sua classificação como tal.

Em que pese a indefinição supracitada, há alguns balizadores, como, por exemplo,

estar na Constituição Federal e, principalmente, possibilitar ou aproximar-se da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Como titulares dos direitos fundamentais, podemos citar como titulares ativos (no sentido de poder exigir a prestação de um direito fundamental): a pessoa natural, seja brasileiro ou estrangeiro residente ou não no país, a pessoa jurídica, inclusive o próprio Estado, sendo que, atualmente, em face do reconhecimento cada vez maior do dever de proteção da fauna, dever este previsto inclusive na própria Constituição Federal (art. 225), se está reconhecendo aos animais a titularidade de tais direitos.

Já como titulares passivos (destinatários dos direitos fundamentais) temos, principalmente o Estado, mas, nosso sistema jurídico brasileiro também atribui referida titularidade aos particulares, principalmente quando a atividade praticada possui caráter público. De nada adiantaria a proteção dos direitos fundamentais apenas contra o Poder Público se os mesmos pudessem ser violados pelos particulares.

O Poder Legislativo possui a relevante função de legislar sobre direitos fundamentais e isto inclui legislar para garantir a sua proteção, proibindo-se violações e abusos, como também legislar para concretizar tais direitos, pois muitas vezes as normas constitucionais que os abrigam são extremamente abstratas, não outorgando plena eficácia aos mesmos.

O Poder Executivo, por sua vez, resguarda os direitos fundamentais na medida em que garante a prestação adequada e eficaz dos serviços públicos, entre eles o de saúde, educação e segurança, bem como quando assume uma postura proativa em prol desses direitos, através da adoção cada vez maior de políticas públicas.

Por fim, o Poder Judiciário atua quando os outros Poderes deixam de cumprir com seu dever constitucional, sendo demandado pelas vias judiciais cabíveis para proteger tais

direitos dos abusos cometidos ou para determinar que sejam garantidos e implementados. Pode-se dizer que a sua atuação é uma das mais controvertidas, em razão da crescente necessidade de sua atuação e da falta de controle e limites de tal Poder, em face de inúmeros fatores que nem sempre são por ele considerados por que fogem ao seu alcance, acarretando, eventualmente, a violação do princípio da separação dos poderes.

Em relação ao papel do Poder Público na proteção e implementação dos direitos fundamentais são inúmeras as controvérsias existentes, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, mas merece atenção o fato de que tal assunto é muito debatido no meio jurídico e vem assumindo contornos cada vez mais interessantes e instigantes, sendo que dificilmente deixará de ser pauta de grandes discussões, inclusive pela própria sociedade, o que só contribui para que tais direitos sejam cada vez mais respeitados e exigidos pelos cidadãos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: NDJ, 2007.

BRASIL. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 7 dez. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/Leis/QUADRO/1993.htm>. Acesso em: 22 out. 2008.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 01 de fevereiro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm. Acesso em: 23 março 2009.

BRASIL. Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004. Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 de janeiro de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/_quadro.htm. Acesso em: 23 março 2009.

BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nos 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nos 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 de dezembro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp123.htm. Acesso em: 23 março 2009.

BRASIL. Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007. Estabelece o Compromisso pela Inclusão das Pessoas com Deficiência, com vistas à implementação de ações de inclusão das pessoas com deficiência, por parte da União Federal, em regime de cooperação com Municípios, Estados e Distrito Federal, institui o Comitê Gestor de Políticas de Inclusão das Pessoas com Deficiência - CGPD, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 de setembro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/-Ato2007-2010/2007/Decreto/-decretos2007.htm>. Acesso em: 22 out. 2008.

BRASIL. Decreto nº 50.215, de 28 de janeiro de 1961. Promulga a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, concluída em Genebra, em 28 de julho de 1951. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/refugiados.htm>. Acesso em: 22 out. 2008.

STF - ADI 3776-5/RN, Tribunal Pleno, Relator Cezar Peluso, DJ 09.06.2007. Disponível em: <http://ead.idp.edu.br#this>. Acesso em: 22 out. 2008.

STF – ADI 2514-7/SC, Tribunal Pleno, Relator Eros Grau, DJ 09.12.2005. Disponível em: <http://ead.idp.edu.br#this>. Acesso em: 22 out. 2008.

STF – ADI 1856-6/RJ, Tribunal Pleno, Relator Carlos Velloso, DJ 22.09.2000. Disponível em: <http://ead.idp.edu.br#this>. Acesso em: 22 out. 2008.

STF – RE 201.819-8/RJ, Segunda Turma, Relatora Originária Ellen Gracie; Redator para o Acórdão Gilmar Mendes, DJ 27.10.2006. Disponível em: <http://ead.idp.edu.br#this>. Acesso em: 22 out. 2008.

STF – ADI 1439-1/DF, Tribunal Pleno, Relator Celso de Mello, DJ 30.05.2003. Disponível em: <http://ead.idp.edu.br#this>. Acesso em: 22 out. 2008.

STF – ADI 1969-4/DF, Tribunal Pleno, Relator Ricardo Lewandowski, DJ 31.08.2007. Disponível em: <http://ead.idp.edu.br#this>. Acesso em: 22 out. 2008.

STF – RE 410.715/SP, Segunda Turma, Relator Celso de Mello, DJ 03.02.2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>. Acesso em 23/03/2009.

Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome – MDS, Parecer nº 0770/2007/AGU/MDS/CJ, Processo nº 71000.003951/2007-63, Departamento de Benefícios Assistenciais/SNAS/MDS, Procurador: Carolina Scherer, Brasília, 11 de outubro de 2007.

FILHO, José Carlos Cal Garcia. Serviço Público e direitos fundamentais. A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 8, n. 33, p. nº 11-30, julho/setembro 2008.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas Públicas Reflexões sobre o conceito jurídico, 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2006.

FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2007.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 8ª ed. São Paulo: Editora Método, 2005.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional; 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2007.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 23ª edição. São Paulo: Editora Atlas; 2008.

PIETRO, Sylvia Zanella di. Direito Administrativo. 13ª edição. São Paulo: Editora Atlas; 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 27ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.