

DIREITO ADMINISTRATIVO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO: A RECONSTRUÇÃO DOS SEUS FUNDAMENTOS À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

ADMINISTRATIVE LAW, FUNDAMENTAL RIGHTS AND LEGAL ADMINISTRATIVE: THE RECONSTRUCTION OF ITS GROUNDS UNDER DEMOCRATIC STATE LAW

Emerson Affonso da Costa Moura¹

RESUMO:

O conteúdo do princípio da supremacia do interesse público sob o privado e da discricionariedade administrativa diante do novo papel assumido pelos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito é o tema em debate a partir da análise do poder estatal enquanto restrição à autonomia dos indivíduos e dos direitos públicos subjetivos como limitação ao exercício do poder, do reconhecimento dos direitos fundamentais e a posição de centralidade ocupada na ordem jurídica e a instituição de uma ordem objetiva de valores, da verificação de seus influxos no Administrativo, modificando a relação entre Administração e Administrado e reorientando a atividade administrativa, bem como, da delimitação do novo arranjo dos pilares fundamentais do regime jurídico-administrativo diante da ordenação dos poderes públicos à tutela e concretização dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVES:

Estado Democrático de Direito; Direito Administrativo; Regime Jurídico-Administrativo; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT:

The content of the principle of the supremacy of the public interest in the private and administrative discretion on the new role played by fundamental rights in a democratic state is the topic of discussion from the analysis of state power while restricting the autonomy of

¹ Mestre em Direito Constitucional e Especialista em Direito da Administração Pública pela Universidade Federal Fluminense. Membro do Grupo de Pesquisa “Direitos Fundamentais” e “Controle da Administração Pública” da Universidade Federal Fluminense. Membro da Comissão de Direito Administrativo no Instituto dos Advogados do Brasil. Professor de Direito Administrativo na Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e na Escola Superior de Advocacia da OAB. Advogado no Rio de Janeiro. E-mail de contato: emersonacmoura@yahoo.com.br

individuals and subjective public rights as a limitation on the exercise of power, the recognition of fundamental rights and the position of centrality of the legal system and the establishment of an objective order of values, the verification of its influence on Administrative modifying the relationship between administration and refocusing Administered and administrative activities, as well as the delimitation of the new arrangement of the fundamental pillars of the legal and administrative on the ordering of the authorities to the protection and realization of fundamental rights.

KEYWORDS:

Rule of Law; Administrative Law; Administrative Regime; Fundamental Rights.

1 INTRODUÇÃO

Observa-se, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 uma série de transformações que marcam o advento do Estado Democrático de Direito e que denotam a ascensão dos pilares essenciais da construção de um constitucionalismo voltado à tutela do ser humano e a concretização de seus direitos.

O reconhecimento da supremacia axiológica da Constituição com epicentro na dignidade da pessoa humana e a previsão extensa dos direitos fundamentais com a assunção da posição de centralidade na ordem jurídica, importam no redimensionamento de normas, categorias e institutos infraconstitucionais com fins de realização destes valores.

O Direito Administrativo estruturado sob a égide do poder estatal e de um regime jurídico dotado de prerrogativas que o alça em posição de supremacia em relação aos administrados, diante do influxo da ordem objetiva de valores irradiada pelos direitos fundamentais, volta-se ao redimensionamento de suas categorias essenciais.

Busca o presente trabalho, investigar em que medida a ascensão dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, atuam sob o direito administrativo e os pilares básicos do seu regime jurídico, de forma a permitir a readequação da supremacia do interesse público e da discricionariedade administrativa à ordem jurídico-constitucional.

De início, procede-se à análise do Poder Estatal enquanto fundamento da autoridade exercida sob a sociedade e supremacia do regime jurídico-administrativo, que no Estado de Direito cede diante do reconhecimento da autonomia do indivíduo e dos direitos públicos subjetivos que impõem deveres negativos e positivos aos poderes públicos.

Após, volta-se o estudo ao exame dos direitos fundamentais e sua trajetória desde o seu reconhecimento pelas cartas constitucionais até a sua ascensão no Estado Democrático de Direito, onde o reconhecimento da força normativa da Constituição e da dimensão objetiva, condicionou a própria validade e existência do Estado à sua concretização.

Depois, verifica-se os influxos promovidos pelo novo papel assumido pelos direitos fundamentais na ordem constitucional no Direito Administrativo, modificando a relação entre Administração e Administrado, reorientando a persecução do interesse público e tornando necessária uma readequação dos pilares que sustentam o seu regime jurídico.

Por fim, granjea-se delimitar os pilares fundamentais âmbito do regime jurídico-administrativo – a supremacia do interesse público sobre o privado e a discricionariedade administrativa – de forma a garantir um rearranjo capaz de garantir a tutela e concretização dos direitos fundamentais na persecução dos interesses estatais.

Para tanto, utiliza-se como metodologia neste trabalho, a crítica dialética, tendo sido eleito por meio de pesquisa o bibliográfico, fundado principalmente na doutrina jurídica nacional e estrangeira, apoiado nos principais expoentes do Direito público, bem como, de outras fontes quando necessárias na fundamentação deste trabalho.

2 PODER ESTATAL E DIREITOS PÚBLICOS SUBJETIVOS

Corresponde o Estado à organização político-jurídica de dado povo em determinado território, para exercer e resguardar a sua autodeterminação, de forma a garantir sua soberania e alcançar os seus fins almejados². Tem, portanto, como elementos articulados na sua constituição e necessários à sua perpetuação: o *humano*, *geográfico* e *institucional*³.

Se identifica o elemento *humano* com a sociedade complexa, que enquanto sujeito-objeto do Estado, corresponde a unidade de instituição, razão e destino de seu poder. Abrange

² Não busca o presente trabalho a análise do Estado em toda sua extensão, mas delimitá-lo no que tange à sua organização político-jurídica, de forma a alcançar os direitos fundamentais enquanto decorrentes dos direitos públicos subjetivos. Para um exame atento, consultar: LASKI, Harold J. **El estado moderno: sus instituciones políticas y económicas**. Traducción, prólogo y notas Teodor Ginzález García. Barcelona: Libreria Bosch, 1932; HELLER, Hermann. **Teoría del estado**. 1. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1942; KELSEN, Hans. **Teoría general del Estado**. México: Editora Nacional, 1959; JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Trad. Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1973; e, GROPPALI, Alexandre. **Doutrina do Estado**. Trad. Paulo Edmur de Souza Queiroz. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1962.

³ Adota-se a classificação amplamente adotada pela doutrina e veiculada por Georg Jellinek na sua obra Teoria Geral do Estado. Todavia, a soberania, enquanto, autodeterminação juspolítica plena e antes tida de elemento do Estado, desvincula-se dos demais, diante da multiplicação de Estados conformados por diversas nações, portanto, sem a unidade oriunda da identidade étnica e cultural comum do grupo nacional. JELLINEK, Georg. Op. cit., p. 135 e 366.

o elemento *geográfico*, o território como espaço geofísico de fixação, integração e referência da sociedade, domínio da ação indiscutida do Estado e sede de seu poder.⁴

Por fim, envolve o elemento *institucional* a organização política-jurídica, que exteriorizado na articulação de funções e diferenciações de órgãos através de um poder, exerce em dada sociedade organizada⁵, dentro de um espaço territorial e na vigência de uma ordem jurídica na direção da persecução de suas finalidades⁶.

Por efeito, se articula o Estado nesse complexo chamado *poder*, que se reveste, de atributo essencial e verdadeira condição da existência do Estado, que o concentra e o exerce sobre os elementos humano e territorial, que se ordena e dirige à execução dos objetivos comuns daquela organização social⁷.

Diferencia-se dos demais poderes, pela sua dominação, ou seja, por sua capacidade de submeter todos por meio do binômio *comando-obediência*⁸, que pode ser fundamentada na força com a sujeição pela violência tendo caráter de poder de fato ou no consentimento quando se apóia na competência e se converte em poder de direito⁹.

Neste tocante, assume feição não só de poder *jurídico*, mas também de *político*, uma vez que embora com a sua organização haja sua conversão formal com submissão à ordem jurídica e o seu exercício através de funções legislativas, jurisdicionais e administrativos distribuídos em poderes orgânicos, o Estado também se move em uma esfera de funções *políticas*¹⁰.

⁴ No plurinacionalismo dos Estados, esses grupos sociais acabam por declinar da soberania mediante uma razoável autonomia, na organização política-jurídica, desde que possam garantir simultânea identidade e segurança. Por não mais corresponder elemento integrante do Estado, a soberania se torna atributo específico do poder, proporcionando a insubmissão de sua ordem jurídica a qualquer outra. MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Trad. Edição Portuguesa. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 218.

⁵ De tal sorte que, onde haja uma comunidade com um poder originário e meios coercitivos para dominar seus membros e seu território, conforme a ordem que lhe é própria, ali existe um Estado. JELLINEK, Georg. Op. cit., p. 368.

⁶ Corresponde, portanto, o Estado à institucionalização do poder, e, em extensão, instituição que em si encarna o Poder, de tal sorte, que seus atos obrigam e sua natureza abstrata o faz perpetuar, ainda que com o fim de seus agentes. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 93.

⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Teoria do poder: sistema de direito político: estudo juspolítico do poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 1992. p. 17.

⁸ Caracteriza-se o poder em sua face simples, não dominante, pela capacidade de dar ordens aos seus submetidos, sem que, contudo, tenha força necessária para obrigar a sua execução. Constrange-se a essa, por meio apenas de sanções, tendo um caráter disciplinar, por não ser dotado de imposição. O poder de dominação, ao contrário, faz se notar irresistível, dominando a quem decidir de modo incondicionado, e pode exercitar a coação, para que se cumpram as suas ordens. JELLINEK, Georg. Op. cit., p. 322.

⁹ O Estado moderno resume basicamente um processo de despersonalização do poder, ou seja, a passagem de um poder de pessoa a um poder de instituições, de poder imposto pela força a um poder fundado na aprovação do grupo, de um poder de fato a um poder de direito. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.106.

¹⁰ O momento da juridicidade do poder, porém, como afirma o autor, não representa uma conversão absoluta e definitiva do poder em Direito, mas sim uma conversão formal do poder em poder de direito, à medida que o seu

Dentre suas características¹¹, o poder político-jurídico é dotado do *imperium* monopólio da coação organizada, que ocorre de forma incondicionada e irresistível que se revela pela impossibilidade de se subtrair quem a ele se submete¹², que no Estado de Direito está condicionado a sua submissão à legalidade que demarca esferas de *atuação* e de *limites*.¹³

Por conseguinte, no Estado Liberal de Direito é concedido pela ordem jurídica um complexo de faculdades concedidas aos indivíduos, como forma de limite à atuação do poder estatal à sua esfera de autodeterminação, aplicável na relação dos cidadãos com os poderes públicos, denominado de direitos públicos subjetivos¹⁴.

Dos direitos públicos subjetivos é possível extrair um sistema de posições jurídicas que abrange *direitos, liberdades e competências*. Os *direitos* fuabrangem, portanto, a relação triádica entre o titular, o objeto e o destinatário, que pela interação entre os dois últimos implicam em ação *negativa* ou *positiva*.¹⁵

Os direitos a ações negativas, tidos como direitos de defesa, correspondem ao direito dos cidadãos contra atuações do Estado, que abrange a vedação que o ente estatal impeça ou dificulte determinada ações¹⁶, afete determinadas características e situações¹⁷ ou elimine

conteúdo político-social se revela como forma ou modelo de natureza jurídica. Não se move o poder do Estado em uma atmosfera unicamente jurídica, visto que, uma vez que constituído o Estado, suas funções não se circunscrevem à edição e execução das leis, e vigente a Constituição, essa não importa no cessar das transformações sociais, mas no acompanhamento do processo político-social, ou seja, o processo social ocorrido na coletividade segundo os motivos éticos-políticos. REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 4d. ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 141-142.

¹¹ É possível vislumbrar, inerente à sua natureza, traços fundamentais que aderem o Poder do Estado e determinam o seu caráter e modo de atuação: a imperatividade, a natureza integrativa do poder estatal, a unidade e indivisibilidade, a capacidade de auto-organização, o princípio de legalidade e legitimidade e a sua soberania. DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 97.

¹² O *imperium* é o caractere que o distingue dos demais poderes das sociedades políticas por ser dotado de força e meios para obrigar à execução de sua ordem. É sede da coercibilidade do Estado que se faz incidir sobre sua sociedade e inclusive outras nações, a priori, de forma institucional, na qual, por meio jurídico, tenta fazer valer a sua efetividade, porém, não ocorrendo e sendo necessário fazer uso de seu meio material. VERDU, Pablo Lucas. **Curso de derecho político**. 2. ed. rev. Madrid: Editorial Tecnos, 1972. p. 97.

¹³ Só goza de autoridade o poder de Estado a que se reconhece que o poder está autorizado. Sua autoridade se baseia unicamente em sua legalidade, em tanto que esta se fundamenta na legitimidade. HELLER, Hermann. Op. cit., p. 270-271.

¹⁴ A idéia dos direitos públicos subjetivos se encontra ligada à ideia do Estado de Direito, uma vez que cabe à organização estatal submetida à ordem jurídica conceder e respeitar os direitos atribuídos aos seus indivíduos. GONZÁLEZ, Jorge Agudo. **Evolución y negación del derecho subjetivo**. In Revista Digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado Colombia n. 05, p.25 jan./jun. 2011. Disponível: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2952/2596>. Acesso: 25 de Abril de 2013.

¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Malheiros: São Paulo, 2008. p. 193-196.

¹⁶ O direito ao não embaraço de ações envolve a vedação que o ente estatal impeça ou dificulte determinadas ações do titular do direito em face deste, como, por exemplo, impedir a manifestação do pensamento, exceto se realizado com anonimato, como veda o artigo 5º inciso IV da Constituição Federal de 1988.

¹⁷ O direito à não-afetação de características e situações do titular do direito abrange por exemplo, a inviolabilidade do domicílio, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial, conforme dispõe o artigo 5º inciso XI da Constituição Federal de 1988.

determinadas posições jurídicas¹⁸ do titular do direito, impondo limites estatais na persecução de seus fins.¹⁹

De tal sorte, importa em uma competência negativa dos Poderes Públicos, que ficam obrigados a respeitar e garantir o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado, decorrendo uma pretensão do indivíduo de exigir a *abstenção, revogação, reconsideração* ou *anulação* do ato estatatal, além, de *defesa ou proteção* contra atos de terceiros²⁰²¹.

Em sua concepção liberal clássica, os direitos fundamentais seriam aqueles destinados a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos Poderes Públicos, se identificado, portanto, com direitos de defesa, que impõe apenas ações negativas ou abstenções do Estado e não atuações positivas com fins à sua concretização.²²

Porém, a garantia dos direitos de defesa contra ingerência indevida do Estado não é suficiente para assegurar o pleno exercício dos direitos fundamentais, de tal sorte, que as Cortes Constitucionais da Alemanha da Itália²³, os reconheceram como também direitos a ações positivas que demandavam ações do Estado para garantir a sua concretização²⁴.

¹⁸ O direito à não-eliminação de posições jurídicas que dependem de conformação jurídica, como, por exemplo, os *interditos possessórios* no caso de usurpação da posse de dada propriedade.

¹⁹ ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 196.

²⁰ Os direitos de defesa legitimam a pretensão de abstenção *Unterlassungsanspruch*, de revogação *Aufhebungsanspruch* ou de anulação *Beseitigungsanspruch*, mas também de consideração *Berücksichtigungsanspruch* do Estado levar em conta a situação do evento afetado fazendo as devidas ponderações e de defesa *Schutzanspruch* que impõe ao Estado nos casos extremos, o dever de agir contra agressões de terceiro, uma vez que os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção *Engrifssverbote*, mas um postulado de proteção *Schutzgebote* que abrange o dever de proibição de determinada conduta *Verbotspflicht*, o dever de segurança cotnra ataques de terceiros *Sicherheitspflicht* e o dever de evitar riscos mediante a adoção de medidas de proteção ou prevenção *Risikopflicht*. Sobre o tema, vide: MENDES, Gilmar. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 3 ed. Rev e ampla. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 3 e 12.

²¹ Há outras posições jurídicas fundamentais que integram os direitos de defesa, que buscam proteger os direitos fundamentais contra ingerência dos poderes públicos e abusos de entidades particulares, de forma a se garantir a livre manifestação da personalidade, assegurando uma esfera de autodeterminação do indivíduo. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10 ed. rev atual e ampla. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 167.

²² No Estado Liberal de Direito os direitos fundamentais são tidos como direitos liberais da pessoa humana individualmente considerada, como oriunda de sua esfera de liberdade e ilimitada em princípio da atuação do Estado, em contrapartido, aos deveres fundamentais que correspondem ao dever dos homens que se encontram dentro da esfera do poder do Estado. SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. 1 ed. Alianza Editorial S.A.: Madrid, 1982. p. 170 e 179.

²³ São precedentes do Tribunal Constitucional Federal alemão: o BVerfGE 1, 97 (104-105) que embora não reconheceu a obrigação do Estado de prestação de assistência social, indicou que isso não significava que o indivíduo não tinha direito garantido à assistência; o BverfGE 40, 121 (133) considerou a assistência aos necessitados como dever do Estado Social, para cidadãos que em virtude de fragilidade física ou psíquica, enfrentam obstáculos para seu desenvolvimento pessoal e social, e não estão em condições de sustentar sozinho, cabendo a comunidade estatal garantir no mínimo as condições básicas para uma existência humana digna. ALEXY, Robert. p. 436.

²⁴ A atuação do Estado perante os direitos fundamentais, ainda que os individuais, não é de simples abstenção. Postulam-se condições de segurança em que possam ser exercidos, garantida pelos Estado. Ademais, algumas liberdades, exigem prestações positivas ou auxílios materiais, sem os quais se frustra o exercício pelo indivíduos

Os direitos a ações positivas, vistos como direitos à prestações, envolvem o direito dos cidadãos de atuações do Estado seja na prática de atos concretos - como a execução de políticas públicas²⁵ - ou de atos normativos - como a criação de normas²⁶ - necessárias à realização de seus direitos, impondo, portanto, ao Estado a persecução de alguns objetivos²⁷.

Isto porque, a garantia da liberdade-autonomia do indivíduo perante o Estado, não depende apenas de uma omissão ou abstenção dos poderes públicos no exercício dos direitos, mas dependa disposição aos indivíduos de prestações de natureza jurídica e material capazes de garantir a concretização dos referidos direitos²⁸.

Os direitos à prestações, portanto, importam na vinculação da persecução das finalidades estatais a direitos subjetivos públicos dos cidadãos²⁹, de tal sorte que, não se sujeitam ao arbítrio de sua conformação legislativa, mas impõem prestações positivas em uma concepção substancial dos direitos orientada pela dignidade da pessoa humana³⁰.

Porém, não se restringem apenas ao oferecimento de prestações materiais, mas abrange, a definição da organização e procedimento, como forma de garantir a concretização dos direitos fundamentais pela definição de competências de direitos privados³¹, procedimentos judiciais e administrativos³², organização em sentido *estrito*³³ e formação de vontade estatal³⁴.

ou por todos os grupos. MIRANDA, Jorge. **Os Direitos Fundamentais: Sua Dimensão Individual e Social**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 1, p. 202, out/dez 1992.

²⁵ A satisfação do direito ocorre mediante uma ação fática, como, por exemplo, a disponibilidade de vagas no ensino fundamental em razão do dever do Estado de fornecer ensino público gratuito em estabelecimentos oficiais, conforme artigo 205 e 206 inciso IV da Constituição Federal de 1988.

²⁶ Nesse prisma os direitos fundamentais representam normas de proteção de institutos jurídicos, pois torna-se indispensável a atuação do legislador para a concretização do direito. Como, por exemplo, a edição de normas disciplinadoras do direito de sociedade para o exercício do direito de associação. De tal sorte, que se extrai um autêntico dever constitucional de legislar *Verfassungsauftrag* que obriga o legislador a expedir atos normativos concretizadores de alguns direitos. MENDES, Gilmar. Op. cit. p. 4.

²⁷ Assim, são direitos à prestações, todos os direitos que abrangem uma ação estatal positiva, desde as prestações fáticas até as normativas, como a proteção por meio de normas que tutelam os direitos ou criação de normas organizacionais e procedimentais. ALEXY, Robert. Op. cit. p. 442.

²⁸ Não se trata de ter liberdade em relação ao Estado, mas de usufruir essa liberdade mediante uma atuação do Estado, de forma que impõe a obrigação do Estado de criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados, bem como, a pretensão de exigir as prestações por parte do Estado. MENDES, Gilmar. Op. cit. p. 6.

²⁹ Os direitos dessa natureza podem ser considerados direitos a prestações somente se tratar de direitos subjetivos e de nível constitucional. ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 445.

³⁰ Disto decorre um direito geral a prestações. ALEXY, Robert. Op. cit. p. 449.

³¹ São direitos em face do Estado para que crie normas constitutivas para ações de direito privado, ou seja, para a criação, modificação e eliminação de posições jurídicas de direito privado, como, por exemplo, normas de direito contratual, matrimônio e sucessão. ALEXY, Robert. Op. cit. p. 484.

³² Esses direitos são essenciais a uma proteção jurídica efetiva, uma vez que é necessário que o resultado do procedimento proteja os direitos materiais dos titulares de direitos fundamentais envolvidos. Sempre que normas procedimentais puderem aumentar a proteção aos direitos fundamentais elas serão exigidas *prima facie* pelos princípios de direitos fundamentais. ALEXY, Robert. Op. cit. p. 488 e 490.

Ocorre quando os direitos dependem para sua concretização, de atuação estatal com vistas à criação e conformação de órgãos, pessoas ou entes, bem como, a definição de procedimentos de índole concreto ou normativo, destinados a ordenar a fruição dos referidos direitos ou suas garantias³⁵.

É possível extrair que na vinculação dos poderes públicos, os direitos fundamentais importam em uma limitação material de liberdade de conformação no âmbito de regulamentação e concretização, impedindo a criação de atos normativos contrários a eles, mas impondo, também, a criação ou conformação da legislação existente a sua realização.

Porém, embora os direitos fundamentais sejam tutelados por ações positivas e negativas dos poderes públicos, isto não impede que os poderes públicos, imponham aos mesmos restrições, mas que em um Estado de Direito essas limitações decorrem da legalidade e desde que não importe em seu esvaziamento, uma vez que eles compõem à parte substancial da Constituição³⁶.

Tão pouco, que os mesmos não se sujeitem a delimitação mediante direitos de diferentes titulares, bem como, o sopesamento em face de direitos de terceiro ou de interesses coletivos relevantes, mas que sua não-garantia de proteção é justificável apenas quando necessários à proteção daqueles referidos interesses³⁷³⁸.

Todavia, é necessário a delimitação de um âmbito de proteção fático ou normativo do direito fundamental, mediante a identificação do âmbito de proteção da norma e a expressão restrição constitucional ou reserva legal, que permita a restrição dada na

³³ São os direitos dos indivíduos a que o legislador crie normas de organização que sejam conforme os direitos fundamentais, tanto pela criação de direitos subjetivos, quanto por definição de deveres e proibições no aspecto objetivo. ALEXY, Robert. Op. cit. p. 491.

³⁴ São os direitos em face do Estado para que por meio de legislação ordinária, crie procedimentos que possibilitem uma participação na formação da vontade estatal. Os direitos fundamentais quando garantem o procedimento democrático, expressam uma confiança em sua racionalidade, mas não ilimitada. Não há uma relação de tensão entre os direitos fundamentais e princípios democráticos. ALEXY, Robert. Op. cit. p. 498-499.

³⁵ O direito à organização e ao procedimento é elemento essencial à realização e garantia dos direitos fundamentais e se aplica de imediato no caso da liberdade de associação (Art. 5º XVII CF), garantias processuais-constitucionais da defesa e do contraditório (Art. 5º LV), do direito ao juiz natural (Art. 5º XXVII) dentre outras. MENDES, Gilmar. Op. cit. p. 9.

³⁶ No Estado de Direito, a liberdade do indivíduo é ilimitada e a faculdade do Estado de restringi-la é limitada, todavia, isso não torna impossível ingerências e limitações, porém, impõe que ocorra por força do Princípio da Legalidade. Os direitos fundamentais encontram-se de baixo da salvaguarda da lei, mas também da própria Constituição, ao qual integram como parte essencial e embora possam ser modificados por reforma constitucional não pode por ela serem excluídos. SCHMITT, Carl. Op. cit. p. 179-181.

³⁷ A intervenção mensurada a partir de direitos de defesa, pode ser justificada não apenas por meio da referência à sua exigibilidade para a proteção de direitos individuais de terceiros, mas também de interesses coletivos. Porém, quanto mais se afetar expressões elementares da liberdade de ação humana, mais cuidadosamente devem ser sopesadas as razões utilizadas como fundamentação contra a pretensão básica de liberdade dos cidadãos. ALEXY, Robert. p. 466 e 469.

³⁸ A complexidade do sistema de direitos fundamentais recomenda que se envidem esforços para precisar quais elementos essenciais dessa categoria de direito, em especial, no que concerne à identificação dos âmbitos de proteção e à imposição de restrições ou limitações legais. MENDES, Gilma Ferreira. Op. cit. p. 2.

conformação legislativa ou na discricionariedade administrativa na concretização dos referidos preceitos³⁹.

Ademais é necessário considerar, que há *limites imanes* às restrições realizadas pelos poderes públicos, exteriorizado na tutela de um núcleo essencial do direito fundamental⁴⁰, na observância ao princípio da proporcionalidade⁴², bem, como, na vedação da edição de atos que veiculem restrições casuísticas⁴³.

De tal sorte, que, na verificação da constitucionalidade de ação ou omissão administrativa, deve-se verificar se a mesma se enquadra no âmbito de proteção do direito fundamental, configurando uma intervenção ou ausência da mesma que se insere nessa esfera e pode ser justificada com base na lei fundamental.⁴⁴

Isto porque, com a ascensão do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais passam a compor a parte substancial da Constituição e assumir uma centralidade na ordem jurídica com reconhecimento de uma dimensão objetiva, que além de impor ações e abstenções ao Estado, institui uma ordem de valores que condiciona a própria existência e atividade dos poderes públicos.

³⁹ Envolve a análise da norma constitucional de forma a garantir a identificação dos bens jurídicos protegidos e amplitude dessa proteção, bem como, das possíveis restrições contempladas, expressamente na Constituição e identificadas na reservas legais de índoles restritivas. Assim, por exemplo, a Constituição em variadas hipóteses restringe os direitos fundamentais, quando condiciona a expressões como “nos termos da lei” (Art. 5º VI e XV), “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer” (Art. 5º XII), “salvo nas hipóteses previstas em lei” (Art. 5º LVIII), mas também quando se refere a conceito jurídico indeterminado, que deve balizar a conformação de um direito, como a “função social” (Art. 5º XXIII). MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 14-15.

⁴⁰ Como reação aos abusos cometidos durante o regime nazista, A Lei Fundamental de Bonn expressamente vinculou o legislador aos direitos fundamentais (Art. 1 inciso III) e garantiu a proteção do núcleo essencial (Art. 19), ao determinar que a restrição deve: ser genérica e não limitada a um caso particular; indicar o direito fundamental em questão; e em nenhum caso pode violar a sua essência. Disponível em: http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf Acesso em 01.12.2013.

⁴¹ Há duas teorias acerca da tutela do núcleo essencial dos direitos fundamentais: a absoluta que o considera como unidade substancial autônoma *substantieller Wesenskern* que independente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual limitação legislativa e a teoria relativa que considera que o núcleo essencial pode ser definido para cada caso tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo, extraído, portanto, do processo de ponderação entre meios e fins e sujeitos com base no princípio da proporcionalidade e não estão sujeito à restrição o redução. Sobre o tema: MENDES, Gilmar. Op. cit. p. 43-46.

⁴² Na atuação estatal, inclusive na atividade de produção normativa, o princípio da proporcionalidade se demonstra essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela dos direitos fundamentais ao proibir o excesso e vedar o arbítrio do poder, extraído a sua justificação dogmática da garantia do devido processo legal no seu prisma substantivo. STUMM, Raquel Denize. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 159-170.

⁴³ As restrições aos direitos fundamentais devem ser estabelecidos por atos normativos que atendam a generalidade e abstração, evitando a violação ao princípio da igualdade material., impondo encargos para uns cidadãos em relação a outros, bem como, a proteção da confiança pela falta de previsibilidade e a separação dos poderes, por ter natureza de ato administrativo individual e concreto sob as vestes de lei. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Rev e atual. Coimbra: Almedina, 1993. p. 614.

⁴⁴ Neste tocante, deve se ainda indagar se a própria medida é constitucional, ou seja, se aplica a lei ou ato normativo em conformidade com a Constituição, de forma proporcional e clara ou determinada para o atingido. MENDES, Gilmar. p. 108-109.

O tema será tratado a seguir.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Embora os direitos fundamentais, tenham antecedentes histórico na doutrina estóica greco-romana e cristã da Antiguidade⁴⁵ e desenvolvimento nas doutrinas jusnaturalistas⁴⁶ e previsão de direitos estamentais na Idade Média⁴⁷ a sua consagração ocorre apenas com o constitucionalismo na Idade Moderna, pelo reconhecimento nas principais Cartas e Constituições⁴⁸.

No Estado Moderno, a evolução dos direitos fundamentais se liga ao processo histórico de reinvidicações sociais e contrastes de regimes políticos, bem como, o processo de desenvolvimento econômico, científico e político, que resulta em um primeiro momento na tensão dialética e harmonização entre *liberdade e igualdade, direitos individuais e direitos sociais*⁴⁹.

⁴⁵ Os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontra suas raízes na filosofia clássica, em especial, na greco-romana e no pensamento cristão. Embora na antiguidade greco-romana inexistisse direitos do homem válidos para todos, com os sofistas e, em especial, os estoicos romanos, adveio as teses da igualdade de todos os homens em dignidade como lei natural. No cristianismo, a partir dos ensinamentos do homem e sua semelhança à imagem de Deus, adveio a tese da unidade de humanidade, dignidade e liberdade de todas as pessoas. CARVELLI, Urbano. SCHOOL, Sandra. **Evolução Histórica dos Direitos Fundamentais: Da Antiguidade até as Primeiras Importantes Declarações Nacionais de Direito**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 48 n. 191 p. 169-171 jul/set 2011.

⁴⁶ A unidade universal dos homens e a igualdade cristã de todos foram as premissas para o desenvolvimento no jusnaturalismo medieval, da idéia de postulados suprapositivos que orientavam e limitavam, atuando como critério de legitimidade, o exercício do poder, de tal sorte que o direito natural condicionará à sua conformidade a obediência do direito positivo. Com as teorias contratualistas as doutrinas jusnaturalistas de direitos fundamentais encontram sua evolução, abrindo espaço para o reconhecimento normativos de tais direitos. LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2004. p. 29-33.

⁴⁷ Embora sempre citada a Magna Charta Libertatum, firmada em 1215 pelo Reu João Sem-terra e pelos bispos e barões ingleses, que consagra direitos e liberdades clássicos, como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade, as cartas de franquia e os forais outorgados pelos reis e portugueses e espanhóis no século XII e XIII, bem como, a Bula de Ouro da Hungria firmada por Afonso IX em 111, o Privilegio General outorgado por Pedro III em 1283 e os Privilégios da União Aragonesa em 1286 já veiculavam prerrogativas ou privilégios aos estamentos sociais (Nobreza, Igreja, Corporações), que não correspondiam a direitos fundamentais, mas obrigações concretas daqueles reis que o subscreviam. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1976**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 25

⁴⁸ Com as declarações inglesas de direito - Petition Of Rights de 1628, Habeas Corpus Act de 1679, Bill Of Rights de 1689 - foram reconhecidos direitos e liberdades aos cidadãos ingleses, como a legalidade, a proibição de prisões arbitrárias e o *habeas corpus*, que significa a transposição das liberdades estamentais para as liberdades gerais no plano de direito público. Com a Declaração americana de Direitos do Povo da Virgínia de 1776 e a Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 se marca a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 42-43.

⁴⁹ A evolução e as vicissitudes dos direitos fundamentais, seja numa linha de alargamento e aprofundamento, seja numa linha de obnubilção, acompanham o processo histórico, as lutas sociais e os contrastes de regimes políticos, m bem como, o progresso científico, técnico e econômico. Do Estado liberal ao Estado social de

Inicialmente, abrangiam os direitos *individuais* em razão do pensamento liberal-burguês e da doutrina iluminista e jusnaturalista do século XVII e XVIII, que se identificavam com os direitos negativos e marcavam a esfera de autonomia do indivíduo em face do poder estatal no exercício precípua das *liberdades*.⁵⁰

Porém, com a ascensão dos problemas sociais e econômicos no limiar do século XIX, os direitos fundamentais foram ampliados para incluir os direitos *econômicos, sociais e culturais*, que se correlacionando com os direitos positivos, passaram a impor ao Estado atuações capazes de promover a justiça e bem-estar social, na tutela do princípio da *igualdade*.⁵¹

Não obstante, naquela quadra histórica, já houvesse o reconhecimento pelos Estados dos direitos fundamentais em sua dúplici dimensão, a concepção da Constituição como documento político que podia não ser cumprido pelos poderes públicos⁵² e a aceitação apenas da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, limitava a sua eficácia pelo Estado e particulares⁵³.

Direito, o desenvolvimento dos direitos fundamentais faz-se no interior das instituições representativas de maneira bastante variada, buscando harmonizar os direitos de liberdade e direitos econômicos, sociais e culturais. MIRANDA, Jorge. **Os Direitos Fundamentais...** Op. cit. p. 199.

⁵⁰ Embora sob a influência da doutrina de Hobbes, Locke, Rousseau e Kant que proclamavam a liberdade do indivíduo, proclamavam as cartas os direitos não de todos os homens, uma vez que a maior parte dessas Constituições estabeleciam o sufrágio censitário, mas do homem burguês, com a tutela da propriedade privada de forma sagrada e inviolável, razão pelo qual os textos eram considerados como patrimônio do indivíduo em sua condição presocial. LUÑO, Antonio Enrique Perez. Op. cit. p. 38.

⁵¹ Quando o Estado coagido pela pressão das massas ao poder político, confere os direitos do trabalho, da previdência, da educação e outros, coloca a sociedade dependente de sua intervenção no domínio econômico, político e social, em restrição da iniciativa individual aos interesses sociais, demonstra a passagem de um Estado Liberal para um Estado Social. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 186.

⁵² Embora tanto na concepção liberal quanto social se deparam liberdade e igualdade, na primeira a igualdade é a titularidade dos direitos que demanda liberdade para todos, ao passo que, na segunda a igualdade é a concreta igualdade de agir e a liberdade a própria igualdade puxada para ação. MIRANDA, Jorge. *Direitos...* Op. cit. p. 199-200.

⁵³ Um dos trabalhos expoentes deste entendimento é *Que é uma Constituição?* de Ferdinand Lassalle, que considera que a Constituição só tem eficácia quando coincidir com os fatores do poder que regem o país. Caso contrário é apenas folha de papel que pode sucumbir por aquelas forças vitais que não iram aplicá-la. LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição**. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. P. 62

⁵⁴ Embora a expressão Estado de Direito importe no limite do exercício do poder político e direitos fundamentais deva estar ligada à proteção e promoção dos direitos fundamentais da pessoa humana, a expressão já foi reconhecida por estes estatais apenas para a proclamação formal de direitos ou assegurar a proteção jurídica para os privilégios de minorias mais favorecidas. É necessário compatibilizar o Estado de Direito com direitos fundamentais, como instrumentos de garantia da democracia e proteção do homem e sua dignidade. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Estado de Direito e Direitos Fundamentais** in: AMLEIDA FILHO, Agassiz de. CRUZ, Danielle da Rocha (Coord). *Estado de direito e direitos fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 171.

⁵⁵ Embora acolhidos e protegidos pela Constituição, os direitos fundamentais conquistados pela sociedade sempre estiveram sob contínuo descumprimento pelo Estado, inclusive, hoje na atualidade sob o escopo de doutrinas jurídicas que buscam justificar esse descumprimento, em razão de contingência de recursos e outros fundamentos. TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. **Ativismo judicial e políticas públicas: direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011 p. 101-103.

Porém, observa-se com o término da segunda guerra mundial na Europa e o advento do processo de redemocratização do Brasil, uma série de transformações na forma de organização política e jurídica estatal, que marcam o advento do Estado Democrático de Direito e a ascensão dos pilares fundamentais do constitucionalismo contemporâneo⁵⁶.

Com o reconhecimento da força normativa da Constituição⁵⁷, substitue-se a concepção da lei fundamental como carta política com a atribuição do *status* de norma jurídica, que dotada de observação obrigatória, impõe no exercício do poder pelo Estado, limites e deveres de atuação, em especial, na tutela dos direitos fundamentais.⁵⁸

Com o processo de incorporação de amplo elenco de direitos fundamentais aos textos constitucionais, bem como, a expansão da jurisdição constitucional, mediante a ampliação do elenco de legitimados para a propositura das ações e a criação de novos instrumentos de controle concentrado, garante-se a proteção dos direitos fundamentais do processo político majoritário⁵⁹.

Na nossa experiência constitucional antes restrita a Constituições garantistas que tutelavam os direitos fundamentais como repositórios de promessas vagas⁶⁰ o fenômeno

⁵⁶ Como marco normativo, tem-se a promulgação da Lei Fundamental de Bonn na Alemanha e a Constituição da Itália, e a posterior, das cartas fundamentais de Portugal e Espanha. Alcança o fenômeno para além do velho continente, encontrando no Brasil com o fim da ditadura militar e a edição da Constituição da República, o ambiente propício para a garantia da estabilidade institucional e da aplicabilidade das normas constitucionais. Sobre o tema: CARBONELL, Miguel. **Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo** in: CARBONELL, Miguel (Org). Neoconstitucionalismo(s). 1 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 9.

⁵⁷ Uma das obras percursoras sobre o tema é A força normativa da Constituição de Konrad Hesse extraída a partir de sua aula inaugural na cátedra da Universidade de Freiburg. Segundo o autor, a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade, mas tão pouco se limita ao reflexo das condições fáticas. Sua essência reside na pretensão de eficácia, ou seja, de sua concretização na realidade imprimindo-lhe ordem e conformação. HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1991. p. 14-15.

⁵⁸ Sobre as transformações do direito constitucional contemporâneo, consulte-se por todos: BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 203-250. Para uma análise crítica vide: SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: _____ (org.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 113-146.

⁵⁹ Insere-se, portanto, o exercício da jurisdição constitucional orgânica e das liberdades no complexo de mecanismos de natureza normativa, institucional ou processual tendentes a assegurar a plena realização dos direitos fundamentais. COELHO, Rosa Júlia Plá. **Mecanismos de Proteção dos Direitos Fundamentais**. 1 ed. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2005. p. 34.

⁶⁰ Não é incomum a existência formal de Constituições que invocam o que não está presente, afirmam o que não é verdade e prometem o que não será cumprido. Como, e.g., tem-se a Constituição de 1969 que garantia os direitos à integridade física e a vida, com as prisões ilegais, a tortura e o desaparecimento de pessoas na ditadura. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 61.

ocorre com a promulgação da Constituição de 1988 voltada à promoção social e a crescente preocupação doutrinária com a aplicabilidade direta e imediata de seus preceitos⁶¹.

Com a constituição cidadã se ampliou o rol de direitos fundamentais, atribuindo significado ímpar aos mesmos, uma vez que os reconheceu como elementos integrantes de identidade e continuidade da lei fundamental, razão pelo qual, vedou qualquer reforma constitucional tendente a suprimí-los⁶².

Interrompeu-se, portanto, o ciclo inicial de *baixa normatividade* das disposições que veiculavam os direitos fundamentais, em especial, das normas que declaravam os direitos sociais, antes remetidas à esfera programática de meras linhas diretoras aos poderes públicos e, tidas como dotadas de eficácia limitada.⁶³

Por outro lado, houve também, o reconhecimento além de uma dimensão *subjetiva* dos direitos fundamentais - de proteção de situações individuais em face do poder público e dos particulares - de uma *objetiva* - de consagração de uma ordem objetiva de valores essenciais a sociedade⁶⁴, que projetam a unidade da Constituição e a congruência dos seus preceitos⁶⁵.

Por efeito, os direitos fundamentais enquanto objetivamente considerados passaram a impor *normas de competência negativa*, retirando da esfera de ação exclusiva dos poderes públicos, funcionam como *critério de interpretação* do direito infraconstitucional, que devem se adequar as suas prescrições, bem como, impõe *deveres de tutela* ao ente estatal⁶⁶.

⁶¹ Embora a Constituição de 1988 seja o resultado de forças políticas antagônicas que participaram da constituinte, materializando uma constante tensão entre a ideologia liberal e a perspectiva social, denota-se um grande avanço na disciplina dos direitos sociais em relação às Constituições anteriores. Para uma visão geral sobre a evolução histórica, vide: TORRES, Marcelo Nóbrega da Câmara. **Direitos sociais**. Brasília: Senado Federal, 1987.

⁶² A própria colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional, bem como, a amplitude do rol do artigo 5º denota a intenção do constituinte de emprestar significado especial e a posição de destaque concedida aos direitos fundamentais pela Constituição Federal. MENDES, Gilma Ferreira. Op. cit. p. 1.

⁶³ A aplicabilidade restrita das normas de natureza programática decorreria da fluidez de suas disposições e da inexistência de instrumentos jurídico-processuais capazes de garantir sua concretização.

Compreendendo que as relações econômico-sociais são disciplinadas apenas por normas programáticas, vide: SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 140-142.

⁶⁴ Liga-se a dimensão objetiva a compreensão de que os direitos fundamentais consagram os valores mais importantes da comunidade política potencializando a sua irradiação para todos os campos do Direito, e sua eficácia enquanto fins ou valores comunitários sobre uma miríade de relações jurídicas. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 371.

⁶⁵ Com a introdução dos direitos fundamentais da segunda geração, passou-se a compreender os critérios objetivos de valores, bem como, os princípios básicos que animam a Constituição, projetando a sua unidade e fazendo a congruência fundamental de suas regras. Esses direitos, passam a representar uma unidade de ordenação valorativa, de garantia contra arbítrios do Estado. BONAVIDES, Paulo. **Curso de...** Op. cit. p. 569.

⁶⁶ A dimensão objetiva, portanto, é aquela cuja percepção independe de seus titulares, ou seja, dos sujeitos de direito, e que oferecem controle de ação estatal, que devem ser aplicados independente de intervenções ou violações de direitos fundamentais, bem como da reclamação por seu titular. Assim, enquanto: caráter de normas de competência negativa, enseja o autocontrole abstrato de constitucionalidade das normas, mediante a

Com esse novo *status* adquiridos, os direitos fundamentais passaram a assumir, também, a posição de centralidade no sistema jurídico, instituindo uma ordem objetiva de valores que irradia sua força normativa por todo o ordenamento, condicionando a interpretação das normas e institutos dos ramos do Direito e vinculando a atuação dos poderes públicos⁶⁷.

Também, passam a corresponder ao lado dos princípios estruturais e organizacionais um *núcleo básico* do ordenamento constitucional⁶⁸ e *critério de interpretação* de suas normas, categorias e institutos, em um fenômeno de abertura constitucional ou de constitucionalização em aberto, que importa na irradiação ou expansão da dignidade e dos direitos do homem⁶⁹.

O Estado Democrático de Direito passa ser caracterizado por uma abertura constitucional radicado no extenso catálogo de direitos fundamentais - civis, políticos, econômicos, sociais e culturais - que com epicentro no princípio da dignidade da pessoa humana alcança a superação da tradicional divisão de domínio e papéis do Estado e da sociedade civil⁷⁰.

Ademais, transforma-se também, como um dos critério de verificação da legitimidade do Estado, que passa a ser medido pelo grau de observância e de implementação dos direitos fundamentais radicados da dignidade da pessoa humana pelos poderes públicos de forma direta ou através da atuação de terceiros⁷¹.

legitimidade dada as autoridades estatais; como critério de interpretação do direito infraconstitucional, impõe a interpretação conforme a Constituição pelo aplicador do Direito; Por fim, enquanto dever estatal de tutela, impõe a postura de proteção tiva do Estado nas violações. DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 118-121.

⁶⁷ Apresentam os direitos fundamentais, portanto, uma dupla ordem de sentido: como vínculos axiológicos, que condicionam a validade material das normas produzidas e enquanto fins que orientam o Estado Constitucional de Direito. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos e Garantias: La ley del mais débil**. 1 ed. Madrid: Trotta, 1999. p. 22.

⁶⁸ Os direitos fundamentais como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos para integrar a substância propriamente dita da Constituição formado pelas decisões fundamentais da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado Democrático de Direito se torna necessária certas vinculações de cunho material apra fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 61.

⁶⁹ É alçado em forja central da eclética e difusão produção de valores e princípios encarecidos pela sociedade contemporânea. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. p. 20-21.

⁷⁰ De certo modo, o postulado da dignidade humana universalizou-se como um pólo de atração para cada vez mais novos direitos refletores de um novo modo de atuação do Estado Democrático de Direito. Assim, encontramos-o na Constituição do México de 1917 (Art. 3º II “c”), da Itália de 1947 (Art. 3º), da Alemanha de 1949 (Art. 1º), de Portugal de 1976 com redação dada pela Lei Constitucional 1 de 1989 (Art. 1º). Espanha de 1978 (Art. 47) e na do Brasil de 1988 (art. 1º III, art. 170, art. 226 §7º, art. 227 e 230). CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 15-19.

⁷¹ Uma Constituição que consagre um Estado de Direito não pode admitir que qualquer governante ou órgão do Estado possa agir arbitrariamente, fora dos limites constitucionais, sob pretexto de conveniência pública ou de necessidade e urgência que justifique a prática de atos arbitrários. O verdadeiro Estadod e Direito é aquele que assegura a prática da democracia e a proteção da dignidade da pessoa humana. DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit. p. 182-183.

A própria concepção dos direitos fundamentais, passa a determinar o significado dos poderes públicos, uma vez que, há uma íntima relação entre o papel assumido por esses direitos públicos subjetivos e a organização e exercício das funções estatais, uma vez que garantem que o sistema político e jurídico se orientará pelo respeito e promoção da pessoa humana⁷².

Por efeito, o reconhecimento normativo dos direitos fundamentais e o papel assumido pelo seu sistema no Estado Democrático de Direito, reorienta a relação da pessoa com os poderes públicos, redimensionando a atuação administrativa ao respeito e concretização tanto dos preceitos fundamentais, quanto da dignidade da pessoa humana.

O tema será tratado a seguir.

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO ADMINISTRATIVO

Com o advento do Estado Liberal de Direito, a legalidade tornou-se postulado fundamental do Direito Público, vinculando o agir estatal à legislação emanada pelo poder competente segundo as prescrições formais, porém, independente do grau de adequação material a vontade de seus titulares⁷³, sendo alçado, portanto, à parâmetro de juridicidade da Administração Pública.

Entretanto, o reconhecimento da normatividade da Constituição com a consolidação de sua supremacia hierárquica e axiológica na ordem jurídica, bem como, o advento da pluralização das fontes normativas redimensionaram a juridicidade para além do fundamento positivista, adequando-a expansão do Direito além da lei e dando nova configuração ao princípio da legalidade⁷⁴.

⁷² O respeito e promoção dos direitos fundamentais tanto em sua dimensão individual que caracteriza o Estado Liberal de Direito, quanto conjugando-o com a exigência de solidariedade corolário do componente social e coletivo da vida humana do Estado Social e Direito. LUÑO, Antonio Enrique Perez. Op. cit. p. 20.

⁷³ A expressão Estado de Direito foi cunhada pelo liberalismo para caracterizar um Estado contido em estritos limites legais que acabou gerando um legalismo formal que deixava em segundo plano a consideração dos direitos do homem, entendendo que a supremacia da lei era garantia suficiente contra os riscos do arbítrio, em uma visão puramente formalista que não liga a expressão Estado de Direito a um conteúdo ético, político e social, sem qualquer preocupação com a legitimidade do Direito, seja pela coincidência com a vontade dos seus membros na representação, seja pela promoção dos direitos ao qual está vinculado. DALLARI, Dalmo de Abreu. p. 174-177.

⁷⁴ Concorrem, portanto, com a crise da concepção liberal do princípio da legalidade decorrente dentre outros, pela inflação legislativa e da ascensão da sociedade de conhecimento que amplia a complexidade das demandas sociais e demanda por celeridade na persecução do interesse público. Sobre o tema: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A Constitucionalidade do Direito Administrativo: O Princípio da Juridicidade, a Releitura da Legalidade Administrativa e a Legitimidade das Agências Reguladoras**. Lumen Juris, 2009. Capítulo II

Com a elevação da Constituição a parâmetro de validade formal e material de todos os atos e normas que compõem o ordenamento jurídico, a legalidade passa a corresponder, em primeiro grau, à compatibilidade dos atos oriundos da Administração Pública com a carta magna e não com a lei ou com a espécie normativa próxima⁷⁵.

Observa-se, portanto, uma vinculação direta e imediata da atividade administrativa à Constituição independente da conformação legislativa, sem que resulte na exclusão como parâmetro de validade da atividade administrativa a regulamentação dada pelo legislador ordinário através da lei ou das demais espécies normativas adequadas⁷⁶.

A Administração Pública permanece em grau inferior adstrita à legislação, não podendo, sob a assertiva de encontrar fundamento direto na lei fundamental e a sua alegada aplicação otimizada, desvincular a atuação administrativa para além dos domínios da lei ou eventualmente contrária as suas prescrições, ignorando a deliberação promovida no âmbito infraconstitucional⁷⁷.

A assunção pela Constituição do epicentro da ordem jurídica representa, portanto, a força motriz de consolidação das mudanças que tem sofrido o direito administrativo com a impregnação de seus institutos, normas e categorias administrativas pelos princípios e regras fundamentais, voltando sua atuação à concretização dos direitos fundamentais.

Por efeito, a Administração Pública em geral encontra-se sob a reserva dos direitos fundamentais, de tal sorte que, no exercício de persecução do interesse público, seja no exercício precípua da atividade *administrativa*, mas também de funções residuais com a atividade *legislativa* ou *jurisdicional*, há o dever específico de tutela dos direitos do homem⁷⁸.

75 Isto representa a substituição do parâmetro de juridicidade, ou seja, da reserva vertical da lei pela reserva vertical da Constituição. Neste tocante, a introdução pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 do efeito vinculante de súmula editada pelo Supremo Tribunal Federal para a Administração Pública, demonstra que a Constituição passa a ser o fundamento primeiro de validade da atividade administrativa, e não o último, verificada após a compatibilidade com o decreto, regulamento, portaria ou demais que o ensejou. CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit. p. 836.

76 Corresponderia em último grau, a concessão ao agente administrativo de uma ampliação de sua margem de discricionariedade, de modo a ensejar sob a falsa alegação de aplicação da Constituição, uma burla a obrigatoriedade da lei, com fundamento em eventual desinteresse político na realização do interesse público nela colimado, afetando, por conseguinte a segurança jurídica, advinda do caráter geral, abstrato e obrigatório da lei, ao assegurar a previsibilidade das condutas e estabilidade das relações sociais. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 735.

77 O deslocamento da Constituição para o centro do ordenamento jurídico, não pode importar na ocupação de todo o espaço jurídico no Estado Democrático de Direito. Não é possível, que diante do Princípio Democrático, o administrador faça uma otimizada aplicação da Constituição com a ponderação direta entre os seus valores, em detrimento da norma infra-constitucional sem que importe em subtração da legitimidade conferida pelo povo ao legislador a editou, bem como violação ao sensível equilíbrio dos poderes, em razão da ingerência indevida na função tipicamente afetada a esse poder orgânico. BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 38.

78 Note que a vinculação não abrange apenas a Administração Pública Direta, mas também, a Indireta, não apenas as pessoas jurídicas de direito público, mas aquelas de direito privado vinculadas à Administração, em

Isso importa na execução apenas de leis adequadas *formal e materialmente* aos preceitos constitucionais consagradores daqueles direitos, além da interpretação de suas cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, bem como, exercício da discricionariedade administrativa, em conformidade com os direitos fundamentais⁷⁹.

Portanto, se no século XIX a lei e a fruição da liberdade individual se tornaram núcleo do Direito Público com o reconhecimento do dever estatal de não intervir na autonomia individual, no século XX, a Constituição e o reconhecimento dos direitos sociais, impõe ao Estado deveres positivos e obrigações que devem corresponder aos direitos e pretensões do administrado⁸⁰.

A dogmática administrativa estrutura em premissas teóricas que refletem a tensão dialética entre a lógica da *autoridade* - exteriorizada na continuidade e preservação das instituições - e a lógica da *liberdade* - antevista na promoção das conquistas liberais e democráticas, se submete a necessárias transformações com fins a realização dos direitos do homem.

Assentou-se em um modelo formal subordinativo de relação entre Administração Pública e o administrado de natureza notadamente *unilateral, subordinativo e esporádico* com o predomínio da coerção e da exclusividade estatal na definição e persecução dos interesses sociais e equidistância e hierarquia em relação aos interesses particulares⁸¹.

Porém, com ascensão axiológica dos direitos fundamentais, apreende-se uma nova ordem consensual de relação entre Administração e Cidadão, com cunho eminentemente multilateral, coordenativo e contínuo, baseado na centralidade do indivíduo e na ampliação dos

todas as suas formas de atuação, seja desde os actos normativos típicos (regulamentos...) às várias medidas administrativas ou decisões de cunho jurisdicional, passando pelas próprias intervenções fácticas, nenhum ato dos entes públicos é livres dos direitos fundamentais. CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit. p. 579-580.

⁷⁹ Decorre do dever da Administração não apenas de executar a lei em razão do Princípio da Legalidade da Separação e Independência dos Poderes, mas ao Princípio da Constitucionalidade como guardião dos direitos fundamentais em face de leis que claramente a violam. A inexistência de um preceito expresso de rejeição da lei inconstitucional pela Administração Pública, não impede a obrigatoriedade, da mesma lançar um “olhar preventivo” relativamente a leis cuja inconstitucionalidade é evidente ou altamente provável, em razão da prevalência do princípio da vinculatividade imediata das normas garantidoras dos direitos, liberdades e garantias em relação ao princípio da legalidade. CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit. p. 584-585.

⁸⁰ O centro de gravidade da ordem jurídica transita do individual para o social, impondo ao Estado a concretização daqueles direitos fundamentais, mediante deveres positivos e obrigações de fazer, aos quais correspondem direitos e pretensões do administrado. TÁCITO, Caio. **Proteção dos Direitos Fundamentais**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 194, p.1-2 out/dez 1993.

⁸¹ A Administração Pública Subordinativa de irradiação hierarquizada e linear começa a apresentar esgotamento de suas formas de atuação coercitiva no campo da gestão dos interesses públicos com a inviabilidade de atendimento das múltiplas demandas sociais oriunda da crescente complexidade da sociedade. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2 ed. atual e ampla Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 26-27.

espaços que propiciem sua participação na gestão pública e a durabilidade das relações administrativas⁸².

Sob um vértice, conduz ao realinhamento dos níveis de concentração do poder público na persecução dos interesses sociais mediante a *subsidiariedade* da atuação estatal e a intervenção precípua das organizações privadas nas atividades que não demandem em razão da complexidade ou necessidade uma ação estatal concentrada e imperativa⁸³.

Por outro ângulo, a expansão da *participação* dos cidadãos nos processo de formação da decisão administrativa, que envolve desde a aferição de suas legítimas expectativas acerca da atuação estatal até as deliberações coletivas promovidas no âmbito da Administração Pública ou a provocação dos órgãos de controle, racionalizando e legitimando a gestão pública⁸⁴.

Envolve a orientação da persecução estatal à promoção dos direitos e garantias do homem, reordenando além da relação entre a Administração Pública e o Administrado ao eixo nodal da dignidade da pessoa humana e a persecução do desenvolvimento e dos direitos fundamentais encontrando na regulação estatal e nos serviços públicos importantes instrumentos.⁸⁵

A intervenção do Estado na atividade econômica não se limita a condução dos agentes econômicos a uma situação de mercado ideal com proteção da concorrência e do lucro, mas deve ter por finalidade conduzir os esforços públicos e privados ao desenvolvimento e ao bem-estar social⁸⁶.

⁸² Com a centralidade do indivíduo na ordem jurídica, a Administração Pública tende a centro de convergência de interesses e de dignificação da pessoa humana, elevando o administrado a condição de cidadão e substituindo o modelo autoritário de gestão pública para a ordenação dos múltiplos interesses sociais mediante a participação desse indivíduo influenciando e persuadindo a tomada de decisões. BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 128-130.

⁸³ Considerado o interesse público um feixe de interesses coletivos e individuais, propõe-se a criação de uma subsidiariedade no seu atendimento em razão da complexidade, com maior importância do indivíduo na realização de tarefas públicas e na satisfação dos interesses sociais. Assim, cabe *primariamente* aos indivíduos a atuação na realização dos seus interesses individuais, aos grupos sociais as atividades relativas aos seus interesses restritos e a sociedade civil, como um todo pelo atendimento da realização dos interesses gerais. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op cit. p. 20-21.

⁸⁴ Compreende, portanto, o exercício da cidadania no âmbito administrativo, mediante a participação no processo de promoção dos interesses sociais nos níveis de distribuição dos bens materiais e imateriais indispensáveis a sociedade, de forma a atribuir racionalidade, legitimidade e eficiência à atuação estatal. MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa, Publicidade, Motivação e Participação Popular**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 298, 304 e 331.

⁸⁵ A centralidade assumida pelos direitos fundamentais na ordem jurídica produz uma inversão epistemológica fundamental, que torna o ser humano protagonista do direito administrativo e o Estado instrumento para a sua realização, extraindo a legitimidade de sua atuação na medida da realização destes direitos. JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito Administrativo de Espetáculo**. Fórum Administrativo Direito Público. Belo Horizonte, ano 9, n 100 p. 150-152. jun. 2009.

⁸⁶ Trata-se de uma intervenção promocional do Estado em países subdesenvolvidos com fins a garantir o bem-estar social e o desenvolvimento. Em um Estado Democrático de Direito o desenvolvimento econômico não pode ser deixado nas mãos do próprio mercado, diante do dever de administração e de desenvolvimento definido pela Constituição. A intervenção não gravita mais de forma a garantir um mercado concorrencial perfeito como

Os serviços públicos tornam-se instrumentos para a realização dos direitos fundamentais, ao garantir através do oferecimento de bens e utilidades essenciais, as prestações positivas necessárias à realização de um núcleo mínimo necessário à preservação da dignidade da pessoa humana e realização dos direitos fundamentais.

Os pilares que sustentam o regime jurídico-administrativo – o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e a discricionariedade administrativa – também diante da supremacia axiológica da Constituição e a centralidade assumida pelos direitos fundamentais são reordenados a fim de garantir a concretização dos referidos preceitos.

O tema será tratado a seguir.

5 REGIME ADMINISTRATIVO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Embora o Direito Administrativo tenha anunciada sua origem como liberal e garantidora, sua construção teórica ocorreu pela decisões da jurisdição administrativa francesa, que dissociada da atuação jurisdicional comum importou não na sujeição da Administração à vontade heterônoma da lei, mas da sua imunização ao controle pelos demais poderes públicos ou a sociedade⁸⁷.

O regime jurídico-administrativo moderno que correspondeu ao ponto nuclear de convergência e articulação das normas que regem a atividade administrativa⁸⁸, se conformou

ocorrido em momento anterior, mas em respeito à justiça social e ao princípio da dignidade da pessoa humana. MOREIRA, Egon Bockmann. **O Direito Administrativo da Economia e a Atividade Interventiva do Estado Brasileiro** in: OSÓRIO, Fábio Medina e SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord). *Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p 856-857 e 868.

⁸⁷ Rompe-se, portanto, com o mito do surgimento da Administração Pública pela milagrosa submissão da burocracia estatal à lei e aos direitos fundamentais. O modelo administrativo francês, onde a burocracia edita suas leis e tem sua jurisdição própria para julgá-la é a própria antítese da separação dos poderes. Sobre o tema: BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Capítulo 1.

⁸⁸ Observa-se que diante da ordem global instituída, com a intensificação do fenômeno de integração, a Administração Pública submete-se não apenas a um regime jurídico no ordenamento pátrio, mas às normas dos organismos internacionais, as jurisprudências dos entes jurisdicionais supranacionais e os tratados multilaterais. O advento da internacionalização dos direitos humanos impõe limites e condiciona sua atuação e a integração regional, torna necessária a harmonização do direito comunitário ao seu próprio, adequando a estrutura administrativa, a esse contexto, para atuar como agente desses sistemas distintos. SUNDFELD, Carlos Ari. **A Administração Pública na Era do Direito Global**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, ano I, vol 1, nº 2, p. 1-7, maio/2001.

não sob a ótica da *liberdade* – voltada aos direitos fundamentais e deveres estatais - mas da *autoridade* – voltada aos poderes e prerrogativas administrativas⁸⁹.

Denotando essa origem autoritária, foram erigidos como seus pilares fundamentais⁹⁰, o polissêmico conceito de *interesse público* com o dogma de sua supremacia abstrata e insuperável quando definidos pela Administração e a ampla margem da *discricionariedade administrativa* dos agentes com a proposição de um mérito insindicável, alheios aos controle pelos demais poderes⁹¹.

Sob um ângulo, a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado, representa a superioridade do interesse coletivo sobre o interesse particular, que permite a restrição de direitos e confere a Administração Pública um complexo de privilégios a Administração Pública que a habilitaria ao desempenho eficiente na persecução dos objetivos socialmente almejados⁹².

Todavia, disso não decorre uma ilimitada esfera de liberdade da Administração Pública na submissão dos interesses privados sob o fundamento de interesses públicos, pois como visto, em um Estado de Direito, os direitos públicos subjetivos tem como finalidade justamente conter o poder estatal contra o arbítrio e submeter os poderes públicos ao respeito aos direitos dos cidadãos⁹³.

⁸⁹ Para assegurar a liberdade sujeita-se a Administração Pública à observância de leis, porém, são outorgados prerrogativas e privilégios que se permite a persecução do interesse público colocam a Administração Pública em posição de supremacia perante o particular. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 61-62.

⁹⁰ O regime jurídico de direito público resulta da caracterização normativa de determinados interesses como pertinentes à sociedade e não aos particulares considerado em sua individuada singularidade. No direito administrativo, ocorre na atribuição de uma disciplina normativa peculiar que, fundamentalmente, se delinea em função da consagração do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade, pela Administração dos interesses públicos. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21 ed rev e atual. Malheiros: São Paulo, 2006. p. 52. Ao lado da Supremacia do Interesse Público sob o Privado, é inegável que a discricionariedade administrativa é pilar fundamental do regime jurídico-administrativo.

⁹¹ Neste tocante, curiosamente a revolução liberal cede ao surgimento de dois regimes jurídicos distintos exteriorizados em uma disciplina própria para a Administração Pública onde são conferidas prerrogativas sem equivalente nas relações privadas, e um complexo de normas para os indivíduos, cuja sua esfera de liberdade de ação é restrita por aquelas sujeições. FALLA, Fernando Garrido. **Las Transformaciones Del Regime Administrativo**. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1962. p. 44-45.

⁹² Forma-se uma *verticalização* na relação entre Administração Pública e administrado, que gera no conflito entre o interesse da coletividade e o direito do indivíduo a prevalência do primeiro sobre outros. Na aplicação da lei, cabe o julgador estabelecer o equilíbrio entre os privilégios estatais e os direitos individuais, porém, sem jamais perder de vista aquela supremacia. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30 ed atual por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. Malheiros: São Paulo, 2005. p. 49.

⁹³ Assi, a supremacia do interesse coletivo deve ser vista, não a partir de poder de império que sempre gozou a Administração Pública, mas na sua atuação voltada à concretização dos direitos fundamentais que reordenam a persecução do interesse público. BAPTISTA, Isabelle de. **O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: uma análise à luz dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito**. Fórum Administrativo, Belo Horizonte, ano 11, n. 130, p. 52-53, 2011.

Em uma ordem constitucional, voltada à promoção dos direitos fundamentais, não se pode considerar uma hierarquia absoluta e em abstrato do interesse público sobre o privado, mas o reconhecimento da garantia dos direitos e garantias fundamentais, permitida sua excepcional restrição pelo interesse público desde que justificada a sua limitação⁹⁴.

Ademais, considerar a supremacia do interesse público sobre o privado como um *princípio* que prevalece *in abstracto* e de *forma absoluta* em todos os casos, não se adequa à sua natureza, uma vez que não se sujeita a ponderação de valores no caso concreto e não se compatibiliza com outros postulados normativos, em especial, da proporcionalidade e concordância prática⁹⁵.

Não se questiona a existência de um princípio implícito de prevalência do interesse público, mas o seu conteúdo, pois em sua concepção tradicional coloca a Administração Pública numa posição privilegiada em face do cidadão⁹⁶, permitindo sem esforço argumentativo *in concreto* a submissão dos direitos fundamentais ao poder estatal⁹⁷.

Além disto, os interesses públicos e privados guardam uma conexão de sentido que impõe a idéia de mútua complementação e autodelimitação, que não os tornam antagônicos ou conflitantes, mas que os fazem se complementar e harmonizar, de tal sorte que a realização de um importa na tutela do outro⁹⁸.

⁹⁴ De uma disciplina de autoridade, que pressunha uma relação vertical entre Estado e cidadão, volta-se o Direito Administrativo a garantir em prol dos cidadãos a melhor satisfação possível de seus direitos fundamentais. ARAGÃO, Alexandre Santos. **Direito dos Serviços Públicos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 4

⁹⁵ É evidente a incongruência entre o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado que preza a sua sobreposição a qualquer interesse e o princípio da proporcionalidade que direciona a interpretação para a máxima realização dos interesses envolvidos, que resulta na impossibilidade da coexistência de ambos postulados no mesmo sistema jurídico. ÁVILA, Humberto. **Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Particular”** in SARMENTO, Daniel (Org). *Interesses Públicos vs. Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 186-190.

⁹⁶ A cosmovisão subjacente ao princípio em debate, apresenta indisfarçável traço autoritário que não encontra respaldo numa ordem constitucional como a brasileira, em cujo epicentro axiológico figura a dignidade da pessoa humana. O interesse público periga em tornar-se o novo figurino para a ressurreição das “razões de Estado”, postas como obstáculo intransponível para o exercício de direitos fundamentais. SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional**. in SARMENTO, Daniel (Org). *Interesses Públicos vs. Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 27 e 25.

⁹⁷ É válido ressaltar apontamento de Alice Gonzales Borges, para não confundir a suprema do interesse público enquanto pilar do regime jurídico-administrativo, com suas manipulações e desvirtuamentos em prol do autoritarismo retrógrado e racionários de certas autoridades administrativas. O problema não é o princípio é, antes, sua aplicação prática. Trata-se, isto sim, de reconstruir a noção, situá-la devidamente inserta na ordem constitucional para que possa ser devidamente defendida e aplicada. BORGES, Alice Gonzales. **Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou Reconstrução?** Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n. 15, p. 3, 2007.

⁹⁸ Sobre a dicotomia e conflito entre interesses públicos e privados, vide: NEGREIROS, Teresa. **Dicotomia público-privado frente ao problema de colisão de princípios** in TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 337.

Porém, existindo eventuais conflitos sua solução *in abstracto* decorre do poder constituinte originário que pode delimitar as hipóteses em que prevalecerá os interesses *privados* – na tutela dos direitos fundamentais frente ao Estado – ou os interesses *públicos* – em atenção a proteção dos fins Estatais em face dos direitos individuais⁹⁹.

Pode ainda, a Constituição determinar que o conflito dos interesses privados com o interesse público seja delimitado através do legislador ordinário, se sujeitando a conformação legislativa à observância do princípio da proporcionalidade e a proibição do excesso, garantindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Não obstante, não sendo delimitada pela própria Constituição, cabe a própria Administração Pública mediante a ponderação de interesses verificar no caso concreto, a partir dos elementos que integram o âmbito normativo do interesse público e privado em comento, qual deverá prevalecer, se adequando à ordem jurídico-constitucional¹⁰⁰¹⁰¹.

Inverte-se, desta maneira, na tensão promovida entre interesses públicos e privados a imposição do ônus argumentativos para o Estado que deve ser capaz de fundamentar a restrição dos direitos fundamentais, no exame do caso concreto com o emprego do princípio da proporcionalidade, em observância a centralidade assumida pelos direitos fundamentais na ordem jurídica¹⁰².

Por outro ângulo, com discricionariedade administrativa compreende-se o espaço de liberdade decisória concedida à Administração Pública na eleição entre os indiferentes

⁹⁹ Nas colisões previamente resolvidas pelo constituinte originário é mais usual a prevalência dos interesses privados, sendo as do interesse público como exceção. Porém, ainda que prevaleça o interesse coletivo não há de se falar em supremacia do interesse público, na medida que ambos se integram. Assim, por exemplo, a propriedade privada que é resguardada, mas deve atender aos seus fins sociais. SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais**. Revista de Estudos Criminais, Ano 4, n. 13, p. 148-149, 2004.

¹⁰⁰ Neste tocante, o raciocínio ponderativo atua como requisito de legitimidade dos atos da Administração Pública e traduz postura mais comprometida com a realização dos princípios, valores e aspirações sociais expressos na Constituição. O melhor interesse público só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolva a disciplina constitucional dos interesses individuais e coletivos específicos, bem como, um juízo de ponderação que permita a realização de todos eles na maior extensão possível. O instrumento desse raciocínio ponderativo é o postulado da proporcionalidade. BINENBOJM, Gustavo. Op. cit. p. 151 e 167.

¹⁰¹ Havendo, portanto, colisão entre interesses públicos e privados, sendo os últimos direitos fundamentais, em razão de sua precedência *prima facie*, apenas após um exame atento no caso concreto, fundado no princípio da proporcionalidade e mediante a demonstração das razões que justifiquem sua sucumbência, prevalecerá o interesse público sobre o privado. Caso o conflito refira-se a direitos distintos dos fundamentais, sujeita-se o procedimento a mesma ponderação exceto que incorrendo em dúvida, prevalece a decisão adota pelo poder público. SARMENTO, Daniel. Op. cit. p. 103 e 115.

¹⁰² A imposição de ônus argumentativo ao direito individual na sua tensão com os interesses do grupo social se demonstra incompatível com um Estado Constitucional de Direito marcado pela centralidade do homem e reconhecida a fundamentalidade de seus direitos. Assim, no conflito devem existir maiores razões para a solução exigida pelos bens coletivos do que para aquelas exigidas pelos direitos individuais. AVILA, Humberto. Ob. cit. p. 187.

jurídicos na atribuição concedida pela norma jurídica e de acordo com a formulação dos juízos de conveniência e oportunidade promovidos¹⁰³.

Embora se adéqüe a necessária dinâmica da atividade administrativa - em um contexto de multiplicidade e complexidade do interesse público que escapa à previsibilidade do legislador – não significa que há um campo intangível e insindicável de escolha na atuação administrativa, mas se sujeita aos limites e deveres impostos pela Constituição, em especial, os direitos fundamentais¹⁰⁴.

A vinculação da Administração Pública à concretização dos direitos fundamentais impõem uma atuação *negativa* - de abstenção ou tolerância no exercício das liberdades pelo seu titular – mas também uma atividade *positiva* – de oferecimento de bens e serviços necessários a fruição dos bens e interesses fundamentais¹⁰⁵.

Ocorre, inclusive, com a definição de prioridades e dispêndios, com a implementação de um sistema constitucional de financiamento, que prevê fontes de custeio para a execução de programas e ações estatais, necessárias para a implementação dos direitos fundamentais, em especial, dos direitos sociais¹⁰⁶.

A concepção da discricionariedade administrativa de uma ampla esfera de escolha na persecução do interesse público não sujeito a controle pelos poderes públicos passa a um campo de concretização dos direitos fundamentais, mediante a ponderações proporcionais e

¹⁰³ Nesta ordem, compreende o mérito administrativo os juízos formulados pela Administração Pública acerca da conveniência, oportunidade, equidade e demais critérios utilizados na decisão administrativa que são definitivos e inquestionáveis perante o poder Judiciário. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Da Discricionariedade Administrativa**. São Paulo: Atlas, 1990. p. 92.

¹⁰⁴ A liberdade administrativa conferida por uma norma de direito não significa liberdade de eleição entre indiferentes jurídicos, mas a providência do ato capaz de atingir a finalidade da lei que terá seu campo restrito as soluções *possíveis* de acordo com o caso concreto e *adequadas* conforme o dever de boa administração. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 44-48.

¹⁰⁵ Há casos em que a Constituição consagra de forma explícita, os deveres necessários à concretização dos direitos fundamentais, como ocorre com a obrigatoriedade da prestação universal da educação fundamental e medicina de urgência, de modo que condicionar sua promoção à discricionariedade administrativa e conformação legislativa seria violação dos direitos individuais e políticos, cujo exercício pressupõe a garantia mínima do bem-estar, que envolve a realização de condições econômicas e sociais básicas. BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático** in Revista de Direito do Estado. Ano 1. n. 3. p. 37. 2006.

¹⁰⁶ O sistema de financiamento para a implementação dos direitos humanos no Brasil foi implementado pela Constituição de 1988 com a vinculação de impostos e de contribuições para custeio e ampliação dos direitos fundamentais, em especial, aqueles sociais. Não obstante, através dos contingenciamentos e desvinculação das receitas de impostos e contribuições, acarreta-se um desequilíbrio no sistema e desvio dos recursos necessários a realização daqueles direitos. SCAFF, Fernando Facury. **Como a Sociedade Financia o Estado para a Implementação dos Direitos Humanos no Brasil** in: SCAFF, Fernando Facury (org). **Constitucionalismo, tributação e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 33-34.

razoáveis entre os bens e interesses constitucionais, sujeita a controle exercido pelo Poder Judiciário¹⁰⁷.

Envolve a submissão do espaço decisório ao sistema de direitos fundamentais, que passam a orientar os juízos de valoração do administrador pelos critérios de *razoabilidade* e *isonomia*, assegurando a congruência da decisão administrativa ao interesse constitucional ou legal e o impedimento de sua tradução em arbitrariedade¹⁰⁸.

6 CONCLUSAO

Verificou-se, que a ascensão do Estado Democrático de Direito trouxe a lume novos paradigmas para o constitucionalismo contemporâneo, que voltou-se à promoção dos bens e interesses fundamentais veiculados pela Constituição e a reordenação da ordem jurídica à centralidade do homem com o reconhecimento da sua dignidade e respeito aos seus direitos.

O Direito Administrativo estruturado sob o influxo de um regime jurídico cujos pilares fundamentais, denotam a premissa de autoridade, a busca pela falta de controle externo e consolida a posição superior e hierarquizada diante dos administrados, as transformações do Direito Constitucional impõem uma revisão nas suas premissas estruturantes.

Teve por finalidade o presente trabalho, investigar em que medida esse novo papel assumido pelos direitos fundamentais no Estado Contemporâneo, é capaz de atuar sobre o direito administrativo e seus princípios fundamentais, de sorte a garantir a readequação ao epicentro da dignidade do homem e dos seus direitos na ordem jurídico-constitucional.

De início, demonstrou-se que embora o poder político-jurídico tenha por atributo essencial o *imperium* que sujeita a todos sob o seu comando, na submissão das revoluções liberais do Estado à legalidade, foi garantido direitos públicos subjetivos, capazes de limitar a intervenção dos poderes públicos a uma esfera de autodeterminação do indivíduo.

¹⁰⁷ Neste tocante, cabe ao Poder Judiciário a correção da discricionariedade, apurando a sua conformidade com o Direito, a racionalidade do discurso que a legitima, o atendimento ao código dos valores dominantes e a proporcionalidade na correlação lógica entre motivos, meios e fins, de forma a preservar a escolha do meio menos gravoso e proporcional aos fins a serem alcançados. CUNHA, Rubem Dário Peregrino. **A juridicização da discricionariedade administrativa**. Salvador: Vercia, 2005. p. 168-172.

¹⁰⁸ O mérito do ato administrativo sofre um sensível estreitamento, por decorrência da incidência direta dos princípios constitucionais. A própria vinculação da Administração não apenas à Legislação, mas também a Constituição impõe diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. BINENBOJM, Gustavo. **A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Direitos Humanos e Democracia como Fundamentos de Legitimidade e Elementos Estruturantes da Dogmática Administrativa** in NALINI, José Renato. CARLINI, Angélica (Coord). **Direitos Humanos e Formação Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 237

Após, verificou-se que nesses direitos fundamentais, cujo reconhecimento de sua dimensão subjetiva, impunha deveres negativos – de abstenção – e positivos – de concretização pela atividade estatal, com a ascensão de um novo modelo constitucional, foi atribuída uma dimensão, também, objetiva instituindo uma ordem de valor que passou a condicionar a existência e atividade estatal.

Depois, analisou-se como os direitos fundamentais impuseram ao Direito Administrativo uma modificação de relação hierarquizada para coordenada entre Administração e Administração, a reorientação da atividade administrativa à persecução daqueles bens e interesses essenciais, bem como, impuseram um novo prisma sob os pilares de sua disciplina normativa.

Por fim, pendeu-se a mostrar a inexistência de uma supremacia abstrata e absoluta do interesse público sobre o privado, mas sua sujeição à ponderação promovida em âmbito normativo pelo constituinte ou legislador, ou realizada em âmbito concreto pelo Administrador, com atenção à proporcionalidade, de forma a fundamentar a restrição dos direitos fundamentais.

Ademais, dirigiu-se a elucidar a inexistência de um espaço ilimitado e incontrolável de discricionariedade administrativa, mas sua delimitação à concretização dos bens e direitos fundamentais veiculados pela Constituição, mediante a ponderação em concreto de forma a garantir a otimização da realização dos direitos fundamentais.

REFERENCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Malheiros: São Paulo, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1976**. Coimbra: Almedina, 2001.

ARAGÃO, Alexandre Santos. **Direito dos Serviços Públicos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____ **O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira.** 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático** in Revista de Direito do Estado. Ano 1. n. 3. 2006.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____ **A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Direitos Humanos e Democracia como Fundamentos de Legitimidade e Elementos Estruturantes da Dogmática Administrativa** in NALINI, José Renato. CARLINI, Angélica (Coord). Direitos Humanos e Formação Jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____ **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BORGES, Alice Gonzales. **Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou Reconstrução?** Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n. 15, 2007.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 6 ed. Rev e atual. Coimbra: Almedina, 1993.

CARBONELL, Miguel. **Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo** in: CARBONELL, Miguel (Org). Neoconstitucionalismo(s). 1 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CARVELLI, Urbano. SCHOOL, Sandra. **Evolução Histórica dos Direitos Fundamentais: Da Antiguidade até as Primeiras Importantes Declarações Nacionais de Direito**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 48 n. 191

COELHO, Rosa Júlia Plá. **Mecanismos de Proteção dos Direitos Fundamentais**. 1 ed. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2005.

CUNHA, Rubem Dário Peregrino. **A juridicização da discricionariedade administrativa**. Salvador: Vercia, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____ **Estado de Direito e Direitos Fundamentais** in: AMLEIDA FILHO, Agassiz de. CRUZ, Danielle da Rocha (Coord). Estado de direito e direitos fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____ **Da Discricionariedade Administrativa**. São Paulo: Atlas, 1990.

FALLA, Fernando Garrido. **Las Transformaciones Del Regime Administrativo**. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1962.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos e Garantías: La ley del mais débil**. 1 ed. Madrid: Trotta, 1999.

GONZÁLEZ, Jorge Agudo. **Evolución y negación del derecho subjetivo**. In Revista Digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado Colombia n. 05, jan./jun. 2011.

HELLER, Hermann. **Teoría del estado**. 1. ed. México: Fondo de Cultura Econômica, 1942.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1991.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Trad. Fernando de Los Rios. Bueno Aires: Editorial Albatros, 1973;

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito Administrativo de Espetáculo. Fórum Administrativo Direito Público**. Belo Horizonte, ano 9, n 100 jun. 2009.

LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição**. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2004.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa, Publicidade, Motivação e Participação Popular**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30 ed atual por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. Malheiros: São Paulo, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21 ed rev e atual. Malheiros: São Paulo, 2006.

_____ São Paulo: Malheiros, 1992.

MENDES, Gilmar. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 3 ed. Rev e ampla. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Trad. Edição Portuguesa. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____ **Os Direitos Fundamentais: Sua Dimensão Individual e Social**.
Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 1, out/dez 1992.

MOREIRA, Egon Bockmann. **O Direito Administrativo da Economia e a Atividade Interventiva do Estado Brasileiro** in: OSÓRIO, Fábio Medina e SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord). **Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Teoria do poder: sistema de direito político: estudo juspolítico do poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 1992.

_____ **Mutações do Direito Administrativo**. 2 ed. atual e ampla Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NEGREIROS, Teresa. **Dicotomia público-privado frente ao problema de colisão de princípios** in TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 4d. ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 1984.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades**. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

_____ **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____ (Org). **Interesses Públicos vs. Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 10 ed. rev atual e ampla. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCAFF, Fernando Facury. **Como a Sociedade Financia o Estado para a Implementação dos Direitos Humanos no Brasil** in: SCAFF, Fernando Facury (org). **Constitucionalismo, tributação e direitos humanos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007

SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais.** Revista de Estudos Criminais, Ano 4, n. 13, 2004.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución.** 1 ed. Alianza Editorial S.A.: Madrid, 1982.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. **A Administração Pública na Era do Direito Global.** Revista Diálogo Jurídico, Salvador, ano I, vol 1, nº 2, maio/2001.

TÁCITO, Caio. **Proteção dos Direitos Fundamentais.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 194, out/dez 1993.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. **Ativismo judicial e políticas públicas: direitos fundamentais.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.