

**ESTADO DE DIREITO OU ESTADO DE DIREITOS? EVOLUCIONISMOS
CONSTITUCIONAIS E A NOVA EFICÁCIA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS. ANÁLISE CRÍTICA DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.258.389**

**RULE OF LAW OR STATE'S RIGHTS? CONSTITUCIONAL EVOLUTIONARY
AND THE NEW EFFICACY OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS. CRITICAL
ANALYSIS OF THE SPECIAL APPEAL Nº 1.258.389**

Paulo Fernando de Mello Franco*

RESUMO

Embora doutrina e jurisprudência contemporâneas neguem, com veemência, a possibilidade de que o Estado seja titular de direitos fundamentais, pretende-se afastar sua eficácia meramente vertical e propugnar uma nova aplicação eficaz, justificando-a em face de quaisquer outros excessos e descomedimentos de poder, pouco importando quem cometa-os. Vislumbra-se, para tanto, discutir o esboço histórico dos direitos fundamentais, *ab ovo*, a fim de que se corrobore a viabilidade de o ente estatal afirmar-se como deles titular e se perquirir em que medida a titularidade de posições jusfundamentais potencializa suas capacidades institucionais, instrumentaliza sua efetividade e permite-o, como emanção prática da teoria dos poderes implícitos, não se furtar ao dever inafastável de cumprimento dos direitos fundamentais alheios, finalidade precípua do Estado. O *Estado de direito*, entendido como sendo aquele limitado pela ordem jurídica, deve acolher o novel modelo de *Estado de direitos*, a quem se atribui, além de deveres, direitos. Repensar o direito é desafiar paradigmas e esta é, justamente, a proposta do presente trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; Eficácia; Efetividade; Estado titular de direitos fundamentais; Freios e contrapesos; Teoria dos poderes implícitos; Pessoa jurídica; Danos morais; Danos institucionais.

ABSTRACT

Based on the strong denial of the possibility of the state as owner of fundamental rights made by the contemporary doctrine *stare*, the main objective of this paper is to defend a new efficacy application, protecting it against of any other excesses of power, no matter who commits them. Intends, therefore, discuss the historical narrative of fundamental rights, *ab ovo*, in order to corroborate the viability of the State's rights. Moreover, this article seeks discover how it enhances the State's institutional capacity, its effectiveness and allows it, as practical emanation of theory of implied powers, to not escape the duty to fulfill the fundamental rights of others, which is, without doubt, the ultimate purpose of the State.

KEYWORDS: Fundamental rights; Efficacy; Effectiveness; State's fundamental rights; Checks and balances; Theory of implied powers; Entity; Moral damages; Institutional damages.

* Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade Candido Mendes – CENTRO. Mestrando em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO. Residente Jurídico da Procuradoria Geral do Estado PGE – RJ. Advogado.

1 INTRODUÇÃO: PRIMEIRAS LINHAS

É lugar-comum a afirmação peremptória de que o Estado não pode, porque com ele incompatíveis, ser titular de direitos fundamentais. A doutrina clássica, alinhavada com o senso comum, agasalha a ideia de que os direitos fundamentais têm sua existência pautada, tão somente, nas desmesuras provenientes de atividades precipuamente estatais.

Compartilhando angústias doutrinárias e aflições intelectuais com o interlocutor, sempre que propomos a possibilidade acadêmica de que o Estado possa, sim, ser titular de direitos fundamentais, ouvimos, unissonamente, a mesmíssima contra-argumentação de que estes foram criados, justamente, para coibir os descomedimentos daquele que, até então, portava-se como inimigo capital de seus destinatários originários.

Reconhecemos que os argumentos esposados pela maioria são, de fato, sedutores. Não há quem duvide, acerca de suas origens, que os direitos fundamentais surgiram, indiscutivelmente, para fazer frente às cicatrizes deixadas pelos arbítrios do Estado absoluto.

No entanto, embora concordemos com os proêmios dos direitos fundamentais, remanesce o seguinte questionamento: isto, *per se*, teria carga argumentativa suficientemente exauriente para justificar, à posteridade, que seus fins prosceniais tenham se mantidos os mesmos? Pensamos que não. E, há argumentos para tanto. Basta, apenas, que repensemos o direito.

A tarefa de provar que o Estado pode rogar por direitos fundamentais, de fácil, nada tem. Talvez por isso, o desejo de escrever a seu respeito tenha eclodido. Seguem nossos argumentos e redarguições.

2 EVOLUCIONISMOS CONSTITUCIONAIS E CONTEXTUALISMOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: NOVAS REALIDADES EXIGEM NOVOS PARADIGMAS

Diante dos cativantes argumentos, a infactibilidade de que o Estado usufrua de direitos fundamentais foi alçada, ao longo dos anos, à categoria de dogma. E, como tal, de difícil superação, porque árdua a missão de (des)construir dogmas e assentar, em velhos odres, vinhos novos¹.

¹ MATHIEU, Bertrand. *Droit constitutionnel et droit civil: "de vieilles outres pour un vin nouveau"*. *Revue trimestrielle de droit civil*. Paris, n. 1, p. 59-66, jan./mar. 1994.

Não se quer infirmar, longe disto, a relevância dos dogmas na louvável tarefa de construção de premissas e de demarcação do campo de debate da comunidade científica, tendo em vista que, como pontuou Thomas Khun, *todas as ciências se desenvolvem nos férteis interiores de paradigmas*².

Contudo, uma vez que pretendemos desconstruí-los, oportuno se faz que discutamos o papel dos paradigmas na epistemologia contemporânea, a fim de que possamos, nalguma medida, atingir os objetivos do presente trabalho.

Corroborando o que se disse, José Eduardo Soares Faria, atento ao caráter dinâmico da *sociedade*, enquanto instituição, por natureza, *constante em suas variações*, afirma que um paradigma:

(...) implica uma teoria básica, uma tradição científica e algumas aplicações exemplares, que são aceitas pelos cientistas ao ponto de suspenderem o esforço crítico de discussão de seus pressupostos e de suas possíveis alternativas substitutivas³.

Em sendo assim, acaso os paradigmas deixem de corresponder às necessidades da comunidade, *em sentido comunitário*, e da sociedade, *de cariz liberal*, ou de suas crenças, inaugura-se verdadeira *crise institucional*, cuja resolução, no mais das vezes, reclama pela mudança de paradigmas, culminando em *revoluções científicas*⁴.

Fato é que, *revolução* ou simplesmente *evolução*, sem que se permita a *involução*, é justamente neste contexto, de incertezas e transformações sócio-jurídicas, que o presente ensaio encontra lugar.

Conquanto a doutrina contemporânea encare, com resistências praticamente insuperáveis, a possibilidade de que o Estado seja titular de direitos fundamentais, pretende-se afastar sua eficácia meramente vertical e propugnar uma aplicação eficaz cônica, justificando-a em face de quaisquer outros excessos e descomedimentos de poder, pouco importando quem cometa-os.

Para tanto, o que se intenta demonstrar neste artigo é, mediante comprovações fáctico-jurídicas, que os direitos fundamentais de *hoje*, ainda que porventura mantenham a mesma nomenclatura e denominação de outrora, não têm o mesmo conteúdo

² KHUN, Thomas. *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago: University of Chicago Press, 1962.

³ FARIA, José Eduardo Soares. A noção de paradigma na Ciência do Direito: notas a uma crítica ao "idealismo jurídico". In: FARIA, José Eduardo Soares (Org.). *A Crise do Direito em uma Sociedade de Mudanças*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1988, p.21.

⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

axiológico de *ontem* e tampouco serão os mesmos de *amanhã*. Eles *foram, são e serão, tout court*, projeções constitucionais, em sentido material, dos anseios da sociedade em que se inserem, cujo cenário criacional remonta ao depósito esperançoso de suas confianças nos ombros do *homem artificial*⁵ que é o Estado, na certeza de que este, atuando como instrumento, construirá, através de uma paulatina, gradativa e cumulativa institucionalização dessas aspirações, que transmutar-se-ão, aos poucos, de sua dimensão puramente filosófica e abstrata à inserção jurídico-positiva nos ordenamentos, um mundo melhor.

Porque decorrências dos interesses públicos, inexoravelmente cambiantes, os direitos fundamentais serão frutos das transformações sociais, motivo pelo qual o Estado precisa se adequar às alterações contextuais, outrossim, transformando-se.

E é justamente durante este processo de (re)adaptação que os direitos fundamentais são constantemente plasmados, de modo que a maior ou menor intensidade com que se espraiarão, bem como a quantidade das posições subjetivas que comporão seus elencos, está íntima e indissociavelmente relacionada ao maior ou menor grau de evolução da sociedade, especialmente democrático, na qual se inserem.

Nada do que foi será de novo do jeito que já foi um dia, já dizia, com razão, a composição de Lulu Santos e Nelson Motta. O mundo de *agora* é peculiarmente distinto do de *outrora* e, certamente, não será o mesmo *doravante*. A vida, em diuturna renovação, apresenta, a cada instante, contornos novos e coloridos diferentes. E o mesmo se dá na seara do direito, porque em perene aperfeiçoamento.

Adiantou-se alhures que a sociedade é, sempre, fruto da própria natureza humana, a qual, por essência, é dinâmica.

Como consequência lógica e natural deste dinamismo, o retrato que se tem da sociedade de hoje é, indene de dúvidas, particularmente diferente daqueles continentes dos álbuns de épocas anteriores e igualmente o será em relação às antologias posteriores. Assim, a depender do arcabouço institucional em que se insira a sociedade de um dado momento, observaremos fotografias visível e indiscutivelmente díspares.

Até porque, para que o Estado possa – afinal, como emanação constituída do poder constituinte, é seu dever fazê-lo – adequar-se às alterações contextuais, mas não necessariamente às circunstanciais, propugnadas e exigidas pelas transformações

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. De Frauzi Hassan Choukr e

sociais, deve-se ter em mente o inolvidável caráter mutante do interesse público, o qual se lhe impõe, outrossim, inovar-se em si mesmo.

E, como não poderia deixar de ser, o direito acompanha – e deve mesmo acompanhar – os evolucionismos sociais e constitucionais.

Os direitos fundamentais são projeções constitucionais, positivadas ou não, dos anseios da sociedade que, esperançosa, deposita, em um dado momento constitucional, sua confiança na certeza de que o Estado se comprometerá com os fins públicos assumidos.

Recentemente vivenciamos, com ou sem sequelas, a depender da concepção política adotada e da localização em que nos encontrávamos durante os protestos, nossa democrática – e não necessariamente republicana – *primavera dos vinte centavos*, momento constitucional de comoção ideológica marcado, primordialmente, pelo orgulho em externar convicções, até então exclusivamente internalizadas.

É candente, porém, que tais desideratos, inobstante presentes no âmago da sociedade desde há muito, não emergiriam se assim não pretendessem os administrados.

Forçoso reconhecer, como intentamos demonstrar, que as feições genéticas dos direitos fundamentais decorrem do contexto em que estes são concebidos, razão pela qual, o elenco contemporâneo, não necessariamente têm o mesmo conteúdo axiológico.

A maior ou menor intensidade com que os direitos fundamentais se espraiarão, bem como a quantidade das posições subjetivas que comporão seus plantéis, está íntima e indissociavelmente relacionada ao maior ou menor grau de evolução da sociedade na qual se inserem⁶.

Matérias que, via de regra, careceriam de positivação pela via legiferante ordinária são erigidas, mediante fundamentalizações⁷, ao patamar do tratamento constitucional, dada a importância da matéria e a imprescindibilidade de sua percepção ou,

outros. 2ª ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 792-793.

⁶ Em termos teóricos, poder-se-ia dizer que, quanto mais evoluída socialmente é a sociedade, mais próxima do conceito classificatório sintético, sucinto ou conciso estará a Constituição desta. Ao revés, quanto menor seja o grau de otimização do processo democrático da sociedade que lhe plasmou, com maior facilidade ostentará a característica de Constituição analítica ou prolixa, da qual o nosso Texto é exemplo.

⁷ Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel [orgs.]. *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. pag. 710. Cf. ainda: FAVOREU, Louis.. *La constitutionnalisation du droit*. In: *L'unité du droit: Mélanges en hommage à Roland Drago*. Paris: Economica, 1996; BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: *RDA*, vol. 240, abr./jun. 2005, p. 20.

simplesmente, o pessimismo antropológico compartilhado pela sociedade que, apreensiva por seus pares, delegou ao Poder Legislativo a incumbência da representação democrática.

O próprio ímpeto voraz do constituinte reformador enaltece e corrobora nosso perfil sócio-variante que, por vezes capturado pelo que almejam as maiorias circunstanciais e dos circunstancialismos contextuais, faz ingressar na Carta um sem número de emendas, ao passo que, reforçando a estreita relação entre a evolução ou involução da democracia em que se instala seu berço, vislumbra-se a Constituição norte-americana em cujo curso da idade, já composta de três dígitos, pouco se alterou se comparada a nossa⁸, como reverberado percucientemente por Jorge Miranda:

O factor determinante da abertura de cada era constitucional é, não a aprovação de uma Constituição formal (ou a redacção de uma Constituição instrumental), mas o corte ou a contraposição frente à situação ou ao regime até então vigente, seja por meio de revolução, seja por outro meio⁹.

Quão maiores sejam os níveis de involução das desmesuras estatais, igualmente menores serão os quantitativos de direitos fundamentais garantidores de liberdades individuais porquanto já se encontram, exaustiva e eficazmente, asseguradas pela ordem social vigente, explícita ou implicitamente, introjetadas.

Dito de outra maneira, uma vez que os direitos fundamentais têm seu código genético vinculado à como freio e contrapeso a quaisquer exacerbações de poder, não importando quem as perpetre, sua (im)prescindibilidade será diretamente proporcional aos níveis de *autopoiese* social, sempre que se consiga manejar suas vicissitudes com seus próprios méritos.

⁸ Todavia, não nos seduzamos pelos níveis de desenvolvimento democrático norte-americano a ponto de olvidarmos que a estabilidade em questão é meramente aparente. Valendo-nos dos ensinamentos do preclaro Bruce Ackerman, imperioso que se reconheça que não necessariamente coincidirão as movimentações sociais com as alterações formais do Texto. Desta feita, doutrinariamente pueril a ideia de que somente há os evolucionismos constitucionais mediante a estruturação documental de uma nova constituição, sendo possível, pois, a manifestação de vontades constitucionais e o exercício do poder constituinte de vertente originária sob a égide de uma mesma Constituição formal e dentro de um mesmo regime constitucional. V. ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*. Cambridge: The Bleknap University Press, 1991.

⁹ MIRANDA, Jorge. Momentos constitucionais e mudança política. *Manual de Direito Constitucional*, II, 5ª ed., Coimbra, 2003.

2.1 O Evolucionismo Constitucional do Protagonismo Estatal: Do Estado Opressor ao Efetivador de Direitos Fundamentais

O Estado contemporâneo, ao menos em termos teóricos, já não é mais o mesmo vilão de direitos e garantias fundamentais que costumava ser.

Plasmado ao longo de inúmeros evolucionismos constitucionais paulatinos, do Estado liberal ao Estado pós-social, passando pelo Estado social, em que o viés fraternal restou aflorado, o protagonismo estatal na concretização de direitos fundamentais cresceu vertiginosamente, sendo alçado, aliás, à precípua finalidade pública por excelência.

Deve-se, por oportuno, diante das novas feições estatais, promover releitura de seu cariz institucional, a fim de que as posições jurídicas até então por ele ocupadas sejam revisitadas e, no que couber, expandidas.

Os direitos fundamentais são fruto das metamorfoses sociais por que passa a sociedade a elas contemporânea, impondo-se ao Estado, enquanto deles efetivador e novo *amigo*¹⁰, adequar-se às alterações contextuais e modificações conjunturais, outrossim, transformando-se.

Na medida em que é justamente durante este processo incessante de (*re*)adaptação que os direitos fundamentais são constantemente forjados, a intensidade com que se espraiarão bem como a *mais ou menos* expressiva quantidade de posições subjetivas que comporão seus plantéis, está íntima e indissociavelmente relacionada ao *maior ou menor* grau evolutivo da comunidade social na qual serão inseridos e absorvidos:

Hoje se trata, em vez disso, de libertar a liberdade, de dar à liberdade sua plenitude, de devolver-lhe o conteúdo que vem sido perdido ou que lhe foi subtraído: aprofundar e ampliar os direitos humanos. Está claro que não se trata só de aumentar o catálogo, ou de “enriquecer” a oferta de direitos humanos, como o consumismo às vezes parece exigir pretendendo chegar mais além do que a condição humana permite. Hoje a boa administração, ou o bom governo, descansa sobre

¹⁰ “De vilão, o Estado passa a ser visto como ‘amigo’ dos direitos fundamentais. Nesse sentido, os direitos de 2º dimensão (direito à saúde, ao trabalho, à educação, ao lazer, a moradia, a previdência social...) são concebidos como instrumentais aos direitos de 1º dimensão, viabilizando a realização da própria Justiça Social”. Cf. GOMES, Ana Cláudia Nascimento. MORAIS, Roberta Jardim. De uma Visão Jurídico-Constitucional a uma Proposta Pragmático-Ecônômica dos Direitos Sociais: Cooperação e cooperativa. In. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *O Direito a Vida Digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.198.

aspectos qualitativos, não tanto sobre listas ou números de direitos. Trata-se, a partir desses postulados, de assumir um maior compromisso na defesa e promoção dos direitos humanos das pessoas¹¹.

Lançam-se, neste contexto, os alicerces acadêmicos do que, parafraseando Charles Darwin¹², pretende-se construir através da expressão evolucionismos constitucionais para identificar o fenômeno jurígeno pelo qual, assim como a teoria evolucionista darwiniana, as espécies constitucionais ou sociais atuais descendem de outras precedentes que, através do decurso temporal, visando a aprimorarem-se, modificaram-se ao longo do tempo.

Em um passado não muito distante, vivenciamos, com ou sem sequelas, a depender da concepção político-partidária e da localização geográfica em que se encontrava o interlocutor durante os protestos, nossa democrática, mas não necessariamente republicana, *primavera dos vinte centavos*, momento constitucional de aguda comoção ideológica marcado, sem embargo dos excessos percebidos, primordialmente, pelo aguçado orgulho em externar convicções e aspirações, até então meramente internalizadas.

Bradavam-se às ruas, a quem se dispusesse a ouvir, palavras de ordem clamando por melhores condições de vida, maior disponibilidade de acesso a saúde, salários dignos, oportunidades de emprego em abundância, educação valorizada e serviços públicos de qualidade.

A este respeito, as vindicações sociais eram inéditas? Evidente que não. As reivindicações multitudinárias, até então, não haviam se manifestado? As camadas sociais nunca antes na história deste país desejaram uma sociedade mais plural e um mundo menos desigual?

Novamente, evidente a redarguição.

Não há dúvidas de que os mesmos questionamentos estiveram presentes no âmago da sociedade desde sempre. Todavia, conquanto compreendidos no rol de pretensões sociais, sequer se exprimiam ou, ao menos, não com a mesma voracidade contemporânea.

¹¹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Direito fundamental à boa Administração Pública*. Tradução Daniel WunderHachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.35.

Candente, pois, que tais anelos não emergiriam se assim não pretendessem, energeticamente, os cidadãos destinatários das bênçãos vinculantes do Estado. A querência é de longa data; a latência desta, porém, variante.

A fim de que o Estado possa amoldar-se às alterações contextuais, mas não necessariamente às circunstanciais, como, afinal, é seu dever fazê-lo àquelas propugnadas e exigidas pelas mutações sociais, deve-se ter em mente os direitos fundamentais são projeções constitucionais, positivadas ou não, das nuances adquiridas pelo produto do interesse público, reitere-se, de inolvidável caráter furta-cor.

Sedimentadas as premissas que justificam a teoria constitucional tal qual concebida hodiernamente, passemos a destrinchar as dimensões constitucionais por que passaram os direitos fundamentais, as quais representam, cada uma delas, os desideratos e anseios das sociedades do contexto circunstancial em que foram plasmados, refletindo, portanto, o que queriam, num dado e específico momento histórico de evolucionismo social, os destinatários das ações estatais.

2.2 Escorço Histórico dos Direitos Fundamentais: Evolucionismos Constitucionais em Trânsito para a Nova Eficácia dos Direitos Fundamentais

Ab initio, afirmamos oportunamente que o fenômeno pelo qual o Estado cambia sua função social não é epifânico.

Por evidente, não obstante seu conteúdo eminentemente gratificante possui, como por nós já dito, gênese material e juridicamente palpável, coetânea de uma insólita influência de movimentos políticos europeus.

Em um cenário marcado pela enérgica temática absolutista, a par da qual se percebia um ambiente político de incontestável centralidade do poder, fragmentado durante a Idade Média e reunificado no século XV, formava-se o locus ideal para que se insurgissem contra a realidade subjacente de *gendarmaria* estatal. Por evidente, os desideratos da sociedade confluíam, todos, à pretensão emergente de liberdade. E, neste aspecto, deu-se a ascensão da liberdade enquanto direito fundamental, há muito ignorado e de longa data perquirido.

¹² A teoria darwiniana da evolução natural das espécies reconhecia que, ao passo que determinados exemplares animais precisam de evolução, há diferenciação entre superiores e inferiores, pois que estes deveriam, ao longo do tempo, aperfeiçoar-se tal qual aqueles.

Surgiram, assim, os direitos fundamentais de primeira geração ou, a quem prefira, dimensão¹³, fulcrados na ideia de limitação e contensão necessária do poderio do séquito estatal, o que corresponde, fundamentalmente, ao escopo primário do constitucionalismo clássico, enquanto óbice aos poderes constituídos e enfeixados nas mãos do recém concebido Estado, afigurando-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 como o atestado de óbito do *Ancien Régime* e, outrossim, dos desígnios aristocráticos das monarquias absolutas assinaladas pelos privilégios feudais, representando o ideal iluminista triunfante.

Com efeito, o ambiente político de limitação estatal corrobora a tese por nós esposada no sentido de que a propulsão de direitos e garantias individuais, pretende, *prima facie*, cercear poderes exacerbados, os quais, à época, encontravam-se enfeixados nas mãos do Estado, donde se conclui que, com o perdão da ousadia, caso outro ator social porventura incorporasse às vezes de detentor de poderes desmesurados, os direitos fundamentais teriam sido pensando em face deles.

Quer-se, com isto, esclarecer que o que motivou sua gênese não foi, necessariamente, a figura estatal; mas sim, a ilustração do poder irrestrito.

A urgência primacial de clamor por liberdade, sem quaisquer interferências do poder político, juntamente com a abolição de privilégios estamentais desfrutados pela nobreza e clero, caracterizou o ambiente político-social fundamental para uma nova concepção de Estado.

Instaurava-se, na toada do momento de ebulição política transformadora vivenciado, a salvaguarda de liberdades mediante o estabelecimento de limitações estatais, para que se contivesse a atuação arbitrária do inimigo das liberdades públicas, como forma de possibilitar a fruição dos direitos e garantias fundamentais¹⁴.

¹³ Sobre as gerações de direitos, Daniel Sarmiento explica que autores que criticam a alusão às gerações de direitos fundamentais, pois a locução pode induzir à errônea ideia de que existiriam direitos fundamentais mais importantes do que outros, ou que o advento de novos direitos significaria a superação dos anteriores. Evidentemente, não é isto o que ocorre, pois os direitos humanos são complementares e indivisíveis. Sem embargo, não vemos nenhum problema no uso de tal expressão, desde que se esclareça que quando se fala em direitos de 1ª, 2ª e 3ª gerações, indica-se, apenas, de forma aproximada, o momento histórico em que ocorreu o reconhecimento jurídico do direito em questão. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, pág. 19 (nota de rodapé).

¹⁴ Tais direitos fundamentais de primeira dimensão, porém, não estavam imunizados aos riscos dos paradoxos dos direitos humanos. A proliferação desmesurada de direitos que, quer pelo aspecto quantitativo, quer pelo aspecto qualitativo, não conseguem realizar-se, perfazendo ilustrações de proclamações universais meramente alegóricas, não alcançaram todas as camadas da sociedade.

Reafirmando-se o caráter dinâmico da sociedade, em constante ebulição, a ascensão de novos interesses públicos, perenemente inquietos, imprimiu e exigiu nova transformação do Estado, tendo em vista que sempre que a ordem jurídico-positiva *já não traduza a revolução, mas a conservação*¹⁵, a sociedade e, pois, o Estado, renova-se ou deve renovar-se.

Alcançada a releitura liberal outrora pretendida, o estrato social percebeu que, diante da insuficiência assecuratória destes à dignidade da pessoa humana – já dotada de caráter imprescindível – e da inaptidão para solucionar as querelas e zurzir os graves problemas sociais existentes, cada vez mais emergentes e urgentes, novos direitos necessitavam de incorporação jurídica no Texto.

Os clamores sócio-políticos por este ou por aquele direito não necessariamente queriam significar que, apenas e tão somente naquele dado momento histórico, desejava-lhe a sociedade; a questão é mais afeta ao campo da intensidade do que propriamente do pioneirismo.

Os anseios pela promoção de direitos sociais não eram, porque extremamente desigual a sociedade cuja noção de igualdade era meramente formal, reivindicações novéis e tampouco inéditas.

Nada obstante a sociedade, máxime suas parcelas mais carentes, tenha, desde sempre, demandado por igualdade e atenção tutelar aos seus direitos sociais, pretendia fazê-lo com maior ênfase e dedicação, o que reforça a tese aqui defendida no sentido de que o interesse público, porque notadamente variante e variável, porquanto contextual, ditará o conteúdo informativo dos direitos fundamentais que, coetâneo à sua deflagração, são perquiridos pela sociedade da época.

E, como *entre o fraco e o forte, a liberdade oprime*, parafraseando Henri Lacordaire, como *autopoiesis* homeopática, fez-se, do problema, solução.

Em evidente evolucionismo constitucional, redirecionou-se o eixo filosófico do constitucionalismo da época para conceber, enquanto ideia central norteadora do novo regime jurídico constitucional das relações intersubjetivas, a sujeição de todos os

Rememore-se que, por exemplo, naquela ocasião, apesar da verbosidade de que os homens nascem *livres e iguais*, constante do artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a prática escravagista ainda vigia no território estadunidense. Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 4ª Edição, São Paulo : Saraiva, 2005, p. 50.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. In: *Revista de Direito Administrativo*. nº 225, 2001, pp.05-37.

poderes, públicos ou privados, ao ordenamento jurídico, voltados, sempre, à proteção dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais permaneceriam com o papel de limitadores da atuação dos governantes em prol da liberdade dos governados, com a especificidade de que, a um só tempo, a Constituição social, como tentativa alternativa de gerar novo postulado jurídico-político, substituiu a vetusta ordem privatista por outra, então fundada em princípios como a dignidade humana, o republicanismo e a supremacia política da soberania popular, primogenitamente concebida à luz pela Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, de 1917¹⁶, porque pioneira no tratamento direitos eminentemente prestacionais.

As constituições, porque projeções jurídicas das transformações sociais de determinado período de manifestação latente das vontades constitucionais vigentes, evidentemente, materializam as supracitadas alterações ideológicas do perfil estatal.

Todavia, a tarefa afeta ao poder público, de dar concretude aos ideais constantes das constituições sociais restou, por vezes, incipiente.

O Estado, de forma recorrente, não conseguiu materializar as normas abstratas presentes na Constituição na realidade subjacente.

A aludida falta de efetividade culmina em sentimento constitucional de frustração geral da expectativa popular em relação ao potencial, de fato, transformador da Carta, relegando-a ao status de mera declaração política dirigidas aos membros do Poder Legislativo, destituídas de *força normativa*¹⁷. Se é assim, e assim o é, faz-se necessário que se garanta ao Estado, com o desiderato de aparatá-lo para tanto, instrumentalizações jusfundamentais.

2.3 Comprovações Fático-jurídicas das Novas Feições do Estado: Direitos Fundamentais como Instrumentalizações de Cumprimento

Em um mundo ideal, longe, infelizmente, de nossa realidade, o Estado garantidor de direitos fundamentais, se pudesse, faria tudo que estivesse ao seu alcance para que se

¹⁶ Não obstante tê-la mencionado e construído seu arcabouço sistêmico, ficou a cargo da Lei Fundamental Alemã de 1919 positivar a temática social, propugnada, em um cenário de devastação pós guerra, confluência de interesses dos comunistas e fascistas, os quais, já desgostosos da *belle époque*, emergiram para digladiar com os ideais liberais clássicos.

¹⁷ V. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição: Die normative Kraft der Verfassung*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

garantissem a todos, sem exceção, existência digna. Até mesmo o mais pessimista dos pessimistas antropológicos não duvidaria disto.

Todavia, em um cenário fático de necessidades infinitas e recursos limitados, não o faz não porque não quer; mas porque não pode fazê-lo¹⁸. Afinal, inegável que, como se costuma dizer no direito comparado, “*there’s no free lunch*” e, em nosso direito pátrio, direitos não nascem, graciosamente, em árvores¹⁹. O cobertor é curto, as pernas são longas e o frio é intenso.

Reconhece-se, diante disto, a imprescindibilidade de que ao Estado se garantam meios para satisfazer a consecução de suas finalidades públicas, dentre os quais podemos destacar o cunho arrecadatório dos tributos com cujos recursos será possível fazê-lo. E, para que tal se dê, faz-se necessário que, além do dever fundamental de pagar tributos²⁰, se tenha como contrapartida insuprimível o dever igualmente fundamental de recebê-los, a fim de que diretamente se perfaça, ainda que inconscientemente, a viabilidade de materialização de políticas públicas e ações governamentais que, de algum modo, transformarão a egoística e privatística função de auto-satisfação em demais *funções sociais*²¹ irradiantes a toda coletividade.

Munido de direitos fundamentais, apertar-se-ia suficientemente o Estado para que, sempre que necessário, pudesse coibir, eficazmente, abusos de poder, cometidos por quem quer que seja, em prol da satisfação de direitos fundamentais de outrem, máxime aqueles relacionados com a concretização do núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, de redundância imprescindível para ressaltar sua importância.

A este respeito, diriam aqueles que se filiam a posição majoritaríssima de que o Estado, além de não ter direitos fundamentais, sequer pode tê-los: por que motivo aparelhar ainda mais o Estado? O mesmo já possui, argumentariam, dentro de suas capacidades institucionais, um sem número de prerrogativas que, juntas ou isoladamente consideradas, já seriam exaurientes e bastantes para que o ente estatal fizesse frente às demandas concretizadoras? Explica-se.

¹⁸ V. HOLMES, Stephen and SUNSTEIN, Cass R. (2000). *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. W.W.. Norton.

¹⁹ GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

²⁰ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998.

²¹ Cf., para uma abordagem pormenorizada sobre a função social da administração pública e outras funções sociais FRANCO, Paulo Fernando de Mello. A Função Social das Funções Sociais. *In Revista da Escola da Magistratura Regional Federal*, Rio de Janeiro: EMARF TRF 2ª Região, Volume 18, nº 1, julho de 2013, p. 193-224.

O Estado, ainda que não seja mais o mesmo prepotente de outrora, ostenta na maioria dos casos, posição de superioridade quando comparado à particulares. Vale dizer, indiscutivelmente permanece forte e, por vezes, exagerado. Todavia, a mão que afaga é a mesma que apedreja.

Da mesma maneira que é imperioso obstaculizar o Estado sempre que este se mostre ilimitado – o que, como se disse, reconhece-se na maioria dos exemplos –, também o é quando o titular do poder irrestrito é ilustrado pelo particular – ou por Estado em face de outro Estado –, de modo que sua existência cônica não deva ser negada.

Novos questionamentos adviriam: é possível que ente estatal, e todas as estruturas burocráticas complexas que lhe são inerentes, sejam mais frágeis do que a de atores privados? Há como conceber pessoas jurídicas de direito privados mais fortes do que Estados-nação – ou, melhor, a par de uma *redefinição do conceito de Estado*²², plurinacionais? As respostas são afirmativas.

Valhamo-nos, para justificá-las, de exemplo pátrio. A soma do lucro registrado em 2013 por quatro grandes bancos brasileiros listados na BM&FBovespa mostrou-se maior que o Produto Interno Bruto (PIB) estimado *de 83 países no mesmo ano, segundo levantamento feito com base em dados do Fundo Monetário Internacional (FMI)*²³, com lucro líquido aproximado de R\$ 49,41 bilhões em 2013.

Conforme o balanço divulgado publicamente, o lucro anual de um dos citados bancos – estimado em R\$ 12 bilhões –, singularmente considerado, supera a soma de todas as riquezas produzidas no ano pela Nicarágua, só para citar este, cujo Produto Interno Bruto (PIB) metrificou-se em US\$ 11,284 bilhões.

Com efeito, há países economicamente menores do que pessoas jurídicas de direito privado, o que, no mínimo, instiga a reflexão para a constatação de que Estado de outrora já não é mais o mesmo, não ao menos à unanimidade dos casos.

Inclusive, o agigantamento do capital privado frente ao progressivo apequenamento estatal percebido não é peculiaridade de países de *modernidade*

²² V., para uma leitura mais apurada em relação ao tema, SANTOS, Boaventura de Sousa. *La reinvenção del Estado y el Estado plurinacional*. In: OSAL, *Observatorio Social de America Latina*, ano VIII, no. 22, CLACSO, Buenos Aires, 2007.

²³ Disponível em: <<http://m.g1.globo.com/economia/noticia/2014/02/lucro-somado-de-4-bancos-brasileiros-e-maior-que-o-pib-de-83-paises.html>>. Acesso em: 13/02/2014.

*periférica*²⁴. A realidade da Islândia, por exemplo, que ocupa a 13ª posição no ranking de índices de desenvolvimento humano e apresenta PIB per capita elevado, ostenta um PIB nominal também menor do que o das *suso* citadas instituições financeiras do Brasil.

De qualquer modo, apesar do diminuto Produto Interno Bruto apurado aquém ao lucro trimestral de grandes sociedades empresárias privadas, Nicarágua, Islândia e todos os demais Estados elencados pelo relatório do Fundo Monetário Internacional são tão Estados quanto qualquer outro Estado economicamente mais próspero.

Destaque-se que, além da sujeição econômica, é possível que, embora com caráter ainda mais excepcional, o Estado se apresente como politicamente submisso, o que pode ser explicado, *e.g.*, nos casos em que o embate entre modernidade periférica e central se mostre assaz acirrado, a ponto de que o compartilhamento da soberania com *outras forças que transcendem o nível nacional*²⁵ suprima o direito doméstico.

O fato é que, nestas hipóteses, diante da indelével situação de sujeição, ao menos econômica, daqueles em relação a estes, não há razão para sustentar-se a inaplicabilidade de direitos fundamentais invocáveis por estes Estados.

É que, vale ressaltar, é da estrutura deontológica dos direitos fundamentais que sirvam os mesmos como inibidores de quaisquer poderes que demais suas irradiações. Reconhecida a força normativa da constituição, por nós já citada, resta indene de dúvidas que os princípios que informam a eficácia dos direitos fundamentais, bem como sua efetividade, não esmaecem na relação jurídica *inter privatos*, pelo contrário, se fortalecem.

Os motivos que ensejaram a proclamação dos direitos fundamentais justificam que possam ser afirmados também em face de outros particulares, sob pena de tão somente transladar-se a arbitrariedade e seu praticante, em detrimento dos direitos fundamentais porventura atingidos, do Estado à da autonomia privada. No mesmo sentido é a lição de Bilbao Ubillos:

De este modo, las demandas promovidas contra supuestas violaciones de los derechos fundamentales serían admisibles, de acuerdo siempre com la perspectiva tradicional, solo frente a los sujetos a los que se haya atribuido formalmente la condición de públicos. La falsa

²⁴ Cf., no que pertine a modernidade periférica, NEVES, Marcelo. *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne. Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien*, Berlin, 1992.

*dicotomia público-privado puede operar entonces como un 'instrumento arbitrario' para excluir a grupos y personas vulnerables de la protección reforzada que deparan los derechos fundamentales*²⁶.

Assim, sempre que determinado Estado encontrar-se em posição desfavorável se comparado ao poderio de entidades privadas – ou de, como dito, outros Estados frente a ele –, deve ser-lhe possível sindicar a aplicação da nova eficácia subjetiva dos direitos fundamentais, oponível, desta vez, por ele próprio.

3 ILUSTRAÇÃO PRETORIANA DAS QUESTÕES TEÓRICAS APRESENTADAS: COTEJO JURISPRUDENCIAL E QUESTIONAMENTOS DELE DECORRENTES

Lançadas as bases teóricas que sustentam a temática proposta, passamos a destrinchar a ilustração pretoriana pátria produzida pelo ordenamento jurídico.

Adiante-se, como era de se esperar, que a maioria esmagadora dos julgados, tanto no que concerne à sua *ratio decidendi* quanto ao *obiter dictum*, nega, veementemente, que o Estado possa protagonizar sujeição ativa de direitos fundamentais. De qualquer modo, analisemo-los, *ab ovo*, para que doravante adentremos na hipótese específica da mais recente decisão acerca da *vexata quaestio*.

Antes de iniciarmos o cotejo jurisprudencial propriamente dito, lancemos mais algumas das possíveis indagações. O art. 5º, XXII, da CRFB, pode ser titularizado pelo Estado? Vale dizer, o Estado tem a garantia de propriedade de bens públicos? Caso a resposta seja negativa, por conseguinte, ao Estado não se aplica o poder-dever de cumprir as funções sociais de suas propriedades – já que, como consectário lógico, ele sequer seria proprietário –, não se lhe incidindo o art. 5º, XXIII, da CRFB?

O instituto da *desapropriação* do art. 5º, XXIV, CRFB, sem que se cite as demais modalidades expropriatórias previstas ao longo do Texto, configuraria, enquanto modalidade intervenção drástica, direito fundamental do Estado oponível à particulares? E em relação à hipótese do art. 5º, XXV, CRFB, *através do qual a autoridade competente poderá usar de propriedade particular*?

²⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 187, nota de rodapé nº 6.

²⁶ BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *La eficacia de los derechos fundamentales em la frontera entre lo público y lo privado*. Madrid: McGraw-Hill, 1994, p. 256.

Ao Estado é garantido, como direito fundamental, direito de herança? Caso seja, o Novo Código Civil, ao reestruturar o art. 1603, V, do Código Civil de 1916, no que tange a ordem de vocação hereditária, seria inconstitucional?

Se, de acordo com o art. 5º, XXXII, CRFB, é dever do Estado, como fez mediante as regras e princípios explícitos e ágrafos da Lei 8.079/90, seria, outrossim, direito fundamental do Estado, quando consumidor – e, a despeito de controvertida a possibilidade, há autores, com os quais concordamos, que entendem pela viabilidade de que o ente estatal, sempre que em posição de submissão frente ao particular, possa ser classificado como tal²⁷, principalmente quando importar em *vulnerabilidade técnica*²⁸ – teria direito fundamental à tutela consumerista?

Será que, no que concirna ao Estado, a lei prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada? Ou, então, como titular do direito fundamental inserto no art. 5º, XXXVI, CRFB, as garantias fundamentais atinentes à segurança jurídica se lhe aplicariam?

Há quem duvide, alheio a íntimas convicções, pautado, tão somente, no que empiricamente se observa, que o Estado possua, como direito pleiteável, a garantia assegurada aos litigantes, em processo judicial²⁹, *contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*, extraídos do art. 5º, LV, CRFB?

Em face do Estado, ao revés do art. 5º, LVI, CRFB, são admissíveis, por não ser titular de direitos fundamentais, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos?

As demandas propostas pelo Estado poderiam postergar-se à posteridade, porquanto inaplicável a razoável duração do processo preconizada pelo art. 5º, LXXVIII, da CRFB?

Em havendo, v.g., retenção indevida de repasse de verbas do produto da arrecadação destinado à determinado entre da federação para custeio das estruturas

²⁷ No entanto, à luz das circunstâncias do caso concreto e quando os instrumentos da Lei n.º 8.666/93 não forem satisfatórios será possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos entes públicos, mormente quando se depararem com a ocorrência de vícios no fornecimento de produtos ou serviços. GARCIA, Flávio Amaral. O Estado como consumidor. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado*, v. 60, Rio de Janeiro, 2006, p. 56.

²⁸ CUNHA, Eunice Leonel da. Aplicabilidade das Disposições Constantes do Código de Defesa do Consumidor à Administração Pública. In: *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, ano 2000, p. 660/665.

²⁹ O aludido artigo da constituição confere a mesma proteção aos litigantes em processo administrativo, todavia, pensamos não ser tal disposição aplicável ao Estado porque, in casu, haveria confusão entre autor e réu, se lhe restringindo o contraditório e a ampla defesa ao âmbito judicial.

educacionais estatais configuraria violação ao direito fundamental à educação – *in casu*, ao direito de garanti-la – e à seu direito subjetivo de recebê-lo³⁰?

Inúmeros seriam os questionamentos decorrentes e infundáveis seriam as possibilidades de argumentações, algumas mais fáceis – principalmente aquelas no sentido da *inaplicabilidade absoluta de alguns dos direitos fundamentais elencados no art. 5º, da CRFB*³¹ –, as quais, embora interessantíssimas, não caberiam nestas introdutórias linhas.

De todo modo, destaquemos, por oportuno, a instrumentalização dos direitos fundamentais na perspectiva da (in)exequibilidade do manejo, por parte do Estado, de remédios constitucionais, tais quais previstos no Texto.

3.1 Órgãos Públicos e Personalidade Judiciária: Exercício do Direito Fundamental de Ação ou Mero Suprimento para fins de Regularidade Processual?

Mesmo em relação ao Estado, pensamos, com aval jurisprudencial, que, de fato, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, conforme positivado pelo art. 5º, XXXV, CRFB. O embate ganha relevo acaso incrementemos a arguição.

Teria o Estado o poder-dever fundamental de manejar remédios constitucionais? É dizer, seria atribuível ao ente estatal legitimidade ativa para impetrar, com esteio no art. 5º, LXIX, da CRFB, mandado de segurança? E mandado de injunção, com fulcro no art. 5º, LXXI, da mesma Carta?

O Supremo Tribunal Federal, em um primeiro momento, *negou a suscitada legitimidade ativa*³².

³⁰ EMENTA: CONSTITUCIONAL. ICMS. REPARTIÇÃO DE RENDAS TRIBUTÁRIAS. PRODEC. PROGRAMA DE INCENTIVO FISCAL DE SANTA CATARINA. RETENÇÃO, PELO ESTADO, DE PARTE DA PARCELA PERTENCENTE AOS MUNICÍPIOS. INCONSTITUCIONALIDADE. RE DESPROVIDO. I - A parcela do imposto estadual sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, a que se refere o art. 158, IV, da Carta Magna pertence de pleno direito aos Municípios. II - O repasse da quota constitucionalmente devida aos Municípios não pode sujeitar-se à condição prevista em programa de benefício fiscal de âmbito estadual. III - Limitação que configura indevida interferência do Estado no sistema constitucional de repartição de receitas tributárias. IV – [...]. RE 572762, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-167 DIVULG 04-09-2008 PUBLIC 05-09-2008 EMENT VOL-02331-04 PP-00737.

³¹ Como, *v.g.*, o direito fundamental à liberdade de consciência. CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, v. 1, p. 293; SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 190-191.

³² MI 725/RO. Mandado de Injunção. Min. GILMAR MENDES. 10/05/2007. Tribunal Pleno. EMENTA: Mandado de injunção. 2. Alegada omissão legislativa quanto à elaboração da lei complementar a que se

A acalantar a tese por nós defendida, em prol da legitimidade ativa do Estado, o Ministro Gilmar Mendes divergiu do entendimento majoritário e, no mesmo mandado de injunção nº 725/RO *suso* citado, assim se posicionou:

Não se deve negar aos Municípios, peremptoriamente, a titularidade de direitos fundamentais e a eventual possibilidade de impetração das ações constitucionais cabíveis para sua proteção. Se considerarmos o entendimento amplamente adotado de que as pessoas jurídicas de direito público podem, sim, ser titulares de direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito à tutela judicial efetiva, parece bastante razoável vislumbrar a hipótese em que o Município, diante de omissão legislativa do exercício desse direito, se veja compelido a impetrar mandado de injunção. A titularidade de direitos fundamentais tem como consectário lógico a legitimação ativa para propor ações constitucionais destinadas à proteção efetiva desses direitos³³.

Em um passado não muito distante, o Supremo Tribunal Federal foi instigado a posicionar-se acerca do incidente diplomático que então se instaurava entre Brasil e Itália, nos autos de famigerada demanda de extradição que, por muito tempo, ocupou os noticiários. Na hipótese, incidentalmente à questão de mérito³⁴ por detrás da pretensão de extradição deduzida em juízo, o Estado italiano impetrou mandado de segurança em face de ato do então Ministro da Justiça que havia deferido a condição de refugiado ao extraditando, requerendo, diante disto, a suspensão da liminar concedida para acatá-lo como tal.

O Procurador-Geral da República, requerida sua manifestação no MS 27875/DF, placitou, nos autos do mencionado Mandado de Segurança, em preliminar, o descabimento do *writ* em razão da ilegitimidade passiva do Estado italiano. Pode o Estado, no caso a Itália, enquanto pessoa jurídica de direito público internacional, manejar o *writ of mandamus*? Teria o Estado italiano legitimidade *ad causam* para fazê-

refere o § 4º do art. 18 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional no 15/1996. 3. Ilegitimidade ativa do Município impetrante. Inexistência de direito ou prerrogativa constitucional do Município cujo exercício esteja sendo obstaculizado pela ausência da lei complementar federal exigida pelo art. 18, § 4º, da Constituição. [...] outorgar ao Município legitimidade ativa processual para impetrar mandado de injunção seria elastecer o conceito de direitos fundamentais além daquilo que a natureza jurídica do instituto permite. STF, AGRMI 595/MA, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 23/4/99.

³³ STF, MI 725/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 10/5/2007.

³⁴ A discussão de mérito, embora muito interessante, não será por nós abordada porque escapa do contexto pretendido e, infelizmente, não teríamos linhas suficientes para fazê-lo. Foquemos, pois, na questão processual da (i)legitimidade ativa do Estado italiano para impetrar *mandamus*.

lo? É dizer, o Estado é titular de direito fundamental para exercer direito de ação e, também, valer-se de remédios constitucionais?

Segundo o *placet*, o cariz de pessoa jurídica de direito público seria justamente seu maior impeditivo. O fato de ser estrangeira, outrossim, sê-lo-ia, todavia a inaplicabilidade de direitos fundamentais em prol do estado protagonizava os argumentos asseverados pelo parecer, sob pena de *subversão à própria afirmação e desenvolvimento histórico de tais direitos*³⁵, pelo que afirmar tratar-se de *contra-senso atribuir ao Estado a posição jurídica de titularidade ativa e passiva, credor e devedor de um direito fundamental*³⁶.

A despeito das críticas pontuais no que tange ao conservadorismo da percepção, o parecer muito bem distingue a titularidade jusfundamental de entes públicos de instituto diverso, qual seja a garantia processual assecuratória de direitos subjetivos públicos decorrentes de normas de direitos não fundamentais, comumente denominadas de *personalidade judiciária*³⁷, por abuso de poder de outro ente estatal.

O parecer elaborado pela Procuradoria-Geral da República, cujos méritos são indiscutíveis, reconhece o posicionamento de Hesse, para quem *sempre e quando a natureza permitir a aplicação*³⁸, os direitos fundamentais poderão ser invocados pelo Estado, pelo que traz à discussão, como fundamento, o art. 19. III, da Lei Fundamental de Bonn, pelo qual *os direitos fundamentais valem também para as pessoas jurídicas na medida em que sejam aplicáveis segundo a sua natureza e*; o art. 12.2 da Constituição portuguesa, em que se insere a positivação de que, como por nós já defendido, *há direitos compatíveis com a natureza das pessoas jurídicas e*, pois, às pessoas jurídicas de direito público, por lá denominados de *direitos fundamentais atípicos*³⁹. Cita, ainda, notáveis doutrinadores de direito comparado que defendem a possibilidade de que o Estado possa titularizar jusfundamentalidades, dentre os quais enaltece-se Castán

³⁵ Ministério Público Federal. Parecer n° 6192 - PGR-AF. Processo Administrativo n° 08000.011373/2008-83.

³⁶ *Idem*.

³⁷ “[...]A jurisprudência — com amplo respaldo doutrinário (v.g., Victor Nunes, Meirelles, Buzaid) — tem reconhecido a capacidade ou ‘personalidade judiciária’ de órgãos coletivos não personalizados e a propriedade do mandado de segurança para a defesa do exercício de suas competências e do gozo de suas prerrogativas.” MS 21.239, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 5-6-91, DJ de 23-4-93. No mesmo sentido: MS 26.264, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 21-5-07, DJ de 5-10-07.

³⁸ HESSE, Konrad. *Significado de los Derechos Fundamentales*. In: BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE. *Manual de Derecho Constitucional*. Trad. Antonio Lopez Piña. Madrid: Marcial Pons, 1996, p.106.

Tobeñas, cuja doutrina identifica quatro possíveis classes de direitos fundamentais encontráveis⁴⁰.

De todo modo, no que pertine ao mencionado mandado de segurança, o Supremo Tribunal Federal não chegou a se manifestar quanto a questão da (i)legitimidade ativa e, por conseguinte, do (des)cabimento da ação mandamental, postergando a pacificação quanto a (im)possibilidade que o Estado tenha direitos fundamentais para ulterior oportunidade.

Em síntese, com o reconhecimento da centralidade das Constituições nos sistemas jurídicos e da posição central dos direitos fundamentais nas estruturas constitucionais, fortalece-se, direta ou reflexamente, a *tutela da efetividade*⁴¹ dos direitos humanos.

Em prol do interesse público primário⁴² e do combate à insinceridade normativa⁴³, a afirmação de que direitos fundamentais enfeixados pelo Estado pode ser justificada à luz da teoria dos poderes implícitos, profundamente analisada na seara administrativa do direito, através da qual se garante, ao ente estatal, o dever-poder de proceder, independentemente de Lei em sentido *lato*, para concretizar direitos fundamentais, admitindo-se até mesmo, sob a preocupação com a finalidade pública precípua de materializar direitos e corroborar garantias fundamentais, a aplicação do princípio da juridicidade *contra legem*⁴⁴, da qual perfilhamos, com louvores, sua viabilidade e aplicabilidade hodierna interessada no agraciamento aos direitos fundamentais.

Com efeito, sempre que as capacidades institucionais do Estado, aqui compreendidas a disputa entre Estado e estado-membro ou; ainda, o conflito entre

³⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p; 179.

⁴⁰ O referido Parecer nº 6192 - PGR-AF menciona o que se segue: “[...] remetem a direitos da pessoa humana; direitos das comunidades menores ou infraestatais como a família; direitos dos Estados na esfera interna e; direitos dos Estados e dos povos na comunidade internacional”. TOBEÑAS, Castán. *Los derechos del hombre*. Madrid: Reus, 1992, p. 42-43.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais: por que não uma Constituição para valer? In: *Anais do Congresso Nacional de Procuradores de Estado*, 1986.

⁴² O insigne Luís Roberto Barroso distingue a Administração pública introversa da administração pública extroversa, bipartindo, desta feita, o interesse público em primário e secundário. Aquela, razão de ser do Estado, sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover - justiça, segurança e bem-estar social - e deve ter como prisma a supremacia, pois não é passível de ponderação, eis que consistente na melhor realização possível da vontade constitucional. Este, ao revés, qual seja o interesse da pessoa jurídica de direito público enquanto parte em uma determinada relação jurídica, não deve, jamais, usar da supremacia em face do interesse particular, cabendo, aqui sim, a adequada ponderação.

⁴³ BARROSO, Luís Roberto, *Doze anos da Constituição brasileira de 1988: uma breve e acidentada história de sucesso*. In: *Temas de direito constitucional*, t. I, 2002.

⁴⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª Ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

esferas executiva, judicial e legislativa de um mesmo Estado, poder-se-ia, por parte do ente amesquinhado, invocar o exercício do direito fundamental de ação, cumulado com a positivação dos remédios constitucionais, como direitos-garantia, para cessar a indevida ingerência em suas prerrogativas ínsitas e a ele dirigidas pela própria Constituição.

Pelo que até aqui se expôs, as finalidades iniciais de determinado projeto ou iniciativa não necessariamente mantêm-se fiéis ao cabo, até porque – e, espera-se que isto ocorra –, as intenções pioneiras podem aperfeiçoar-se.

Cometer equívocos é algo intrínseco ao ser humano, dada a sua imperfeição, e, isto nem sempre é tão ruim. Podemos ao longo de caminhos trilhados sair do eixo imaginado e, com isso, chegar a resultado diverso do pretendido que, por vezes, pode ser ainda melhor que o esperado.

Grandes inventores, autores de grandes obras e escritores de prestigiado renome não raro comentam, em suas biografias, que jamais pretendiam produzir o que de seus trabalhos surgiu⁴⁵. O enunciado do adágio segundo o qual *se atira onde se vê* e, por vezes, *se acertará aonde não se vê* se amolda bem ao que foi dito. O mesmo se diga em relação à nova eficácia dos direitos fundamentais, até então inexplorada, porque desnecessária e impensável.

Como se costumava dizer na *antiguidade*, uma cadeira, por exemplo, somente é uma cadeira, tal qual como concebida, porque os indivíduos nela se acomodam; caso preferissem, poderiam sentar-se no chão e, na superfície lisa da mesma cadeira, utilizar-se dela como se mesa fosse.

A aceitação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sem que se adentre no mérito de sê-la (i)mediata, também foi de dificultosa incorporação nos ordenamentos jurídicos. Rechaçavam-na os doutrinadores e juristas sob a alegação de que os direitos fundamentais seriam argúveis, tão somente, por particulares em face do Estado. A discussão, embora não seja a mesma, afinal a anterior versava sobre quem seria o sujeito passivo de direitos fundamentais, se apenas o Estado ou se,

⁴⁵ Algumas das mais importantes descobertas científicas surgiram ao acaso. A invenção do forno de microondas, de forma não planejada, foi suscitada após seu idealizador perceber, inadvertidamente, que o doce que casualmente estava consigo havia derretido enquanto ele consertava radares que, jamais poderia imaginar-se, emitiam radiação capaz de aquecê-lo. Outra ilustração, igualmente conhecida, é a da descoberta da penicilina, oriunda de um fungo que, acidental e espontaneamente, descobriu-se ser capaz de eliminar bactérias.

também, os particulares, perpassa o mesmo intento de quebrar paradigmas e discutir dogmas, agora direcionados à apuração sobre quem deva ser seu sujeito ativo.

Além dos questionamentos anteriormente propostos, instaura-se a querela acerca da incidência, ou não, em prol do Estado, do art. 5º, V, da CRFB. Com efeito, assegurar-se-ia, ao Estado, *direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem?* Seriam, consoante o art. 5º, X, CRFB, em relação ao ente estatal, *invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação?* O enunciado merece maiores considerações à luz do que restou decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.258.389.

3.2 O Estado tem Direito Fundamental à Reparação por Danos Morais? O Caso do Recurso Especial nº 1.258.389

A ressaltar a relevância do tema e a evidenciar a atualidade da discussão, o Superior Tribunal de Justiça foi recentemente instado a enfrentar o pantanoso debate e a se manifestar acerca da *vexata quaestio* quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.258.389, oriundo do Tribunal de Justiça da Paraíba.

Na hipótese, determinado município propôs demanda com pleito indenizatório em face de emissora privada de radiodifusão sob a alegação de que, em razão de comentários alegadamente vexatórios proferidos em uma de suas atrações transmitidas ao público, atingiram, diretamente, a imagem da municipalidade, razão pela qual perquiria reparação de cunho moral.

Residiu a controvérsia, portanto, na (in)viabilidade de que o ente municipal possa sindicá-la judicialmente a tutela jurisdicional para ver-se desagravado à título de dano moral e, pois, na (im)possibilidade de que o Estado possa invocar direitos fundamentais para salvaguardar-se.

Estabelecido o pano de fundo do imbróglio, coube ao Poder Judiciário dirimir o conflito acerca da amplitude subjetiva do art. 5º, V e X, da Constituição da República. Em primeira instância, o pedido deduzido pelo município foi julgado improcedente pelo juízo monocrático; com manutenção da sentença prolatada por acórdão do Tribunal de Justiça que; posteriormente, foi confirmado, em sede de Recurso Especial, pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão,

o que desaguou na (re)afirmação, tal qual se dá em direito comparado⁴⁶, de que é defeso ao Estado ser, em concomitância, *destinatário e titular de direitos fundamentais*.

Outro instigante detalhe asseverado na decisão prolatada pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça no que pertine à observância do teor do verbete nº 227 da súmula de sua jurisprudência. O STJ não olvidou a disposição sumular segundo a qual *a pessoa jurídica pode sofrer dano moral*, utilizado, pelo município demandante, como um de seus principais argumentos. A questão é outrossim interessante e, embora divirjamos do cerne do *decisum*, concordamos com a inaplicabilidade da suscitada disposição sumular, ainda que por motivos diversos. Passemos a explicar.

Os direitos da personalidade pressupõem, como sua própria nomenclatura indica, feição de projeção da dignidade humana e, como tal, somente fará jus à dignidade humana aqueles que, com o perdão da redundância, ostentem o caráter de pessoa humana, o que, não é o caso do Estado. Alguns afirmariam que, com razão, inobstante nosso posicionamento divergente, a jurisprudência reconhece, pacificamente, a possibilidade de pleito indenizatório propugnado por pessoa jurídica, nos termos do predito enunciado nº 227. Ainda assim, *data venia*, ousaríamos discordar.

É que, consoante o art. 52, do novo Código Civil, posterior à vigência do verbete nº 227, aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade. À luz da regra hermenêutica segundo a qual a Lei não abarca palavras inúteis, a ressalva *no que couber*⁴⁷, prevista no referido artigo é, pensamos, representativa de que, por serem os direitos da personalidade peculiares daqueles que têm dignidade humana, inaplicável às pessoas jurídicas.

Novos questionamentos adviriam: sendo assim, as pessoas jurídicas não teriam direito à reparação por atos ilícitos que atinjam-na sobremaneira? Evidentemente que sim, mas não sob a rubrica de dano moral.

O instituto do dano moral é manifestação direta e imediata da violação da dignidade da pessoa humana. Portanto, é preciso que nos valhamos de categoria jurídica diversa, tendo em vista que as pessoas jurídicas, destituídas de honra subjetiva, sequer

⁴⁶ “Se os direitos fundamentais se referem à relação dos indivíduos para com o poder público, então é com isso incompatível tornar o Estado, ele mesmo, parte ou beneficiário dos direitos fundamentais. O Estado não pode ser, ao mesmo tempo, destinatário e titular dos direitos fundamentais”. BVerfGE 15, 256 [262]. SCHWAB, Jürgen. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 170.

possuem seu viés objetivo concernente à reputação. É que, justamente por carecerem de dignidade humana, quaisquer violações reputacionais percebidas pela pessoa jurídica terão, obrigatoriamente, repercussão exclusivamente patrimonial.

O reflexo primeiro do abalo da reputação de pessoas jurídicas pode gerar, dentre outras possíveis consequências, imediata redução de lucro da atividade empresária por ela desenvolvida cujo dano é, pois, de cunho notadamente patrimonial e não de ordem moral. Dito isto, pergunta-se: este raciocínio se aplica ao Estado? Acreditamos que não.

Uma vez que a finalidade primordial do Estado é a concretização de direitos fundamentais de particulares, salvo no que toca ao interesse público secundário – em que, como dito anteriormente, exerce papel economicamente interessado, até mesmo para que, financeiramente aparatado, possa materializar direitos fundamentais –, o ente estatal não possui fins lucrativos.

Diante disto, ao invés de danos morais, o Estado faria jus a *danos institucionais*⁴⁸, cujo dever de indenizar surgiria da violação indevida à higidez da figura pública por ele ostentada. Inclusive, a fim de embasar o cabimento de danos institucionais em favor do ente estatal, a tutela do perfeccionismo de sua figura – e, pois, como a enxergam – é tão cara ao Estado que sua violação constitui ilícito inserto no Título X do Código Penal, que trata dos crimes contra a fé pública.

Corroborando o que até aqui se disse, o enunciado nº 286 produzido às Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal compartilha o mesmo entendimento:

Enunciado nº 286 – Art. 52. Os direitos da personalidade são direitos inerentes e essenciais à pessoa humana, decorrentes de sua dignidade, não sendo as pessoas jurídicas titulares de tais direitos.

A bem da verdade, tanto o dano moral quanto o dano institucional ensejarão a tutela reparatória da personalidade e, pois, no mais das vezes, expressar-se-ão mediante retribuição pecuniária. Ainda assim, a fim de que não se tome *quid pro quo*, a distinção se faz necessária, tendo em vista que, decerto, o dano institucional não seria, de modo algum, *in re ipsa*, justamente por faltar-lhe a dignidade humana como parâmetro.

⁴⁷ TEPEDINO, Gustavo. “Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002”, *In: Temas de Direito Civil*, tomo II, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp. 3-20.

⁴⁸ V. TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro, *In: Temas de Direito Civil*, 4ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp.25-62.

Seria possível, ainda no que toca a temática do dano institucional, estimular o debate acerca da invocabilidade de *eficácia horizontal internacional*, *i.e.*, entre Estados-nação. Como caso gerador da indagação, nos idos de 2011, diante da calamitosa realidade alemã de surto da bactéria letal *E.coli*, as autoridades sanitárias divulgaram que a proliferação decorreria, *provavelmente*, de pepinos importados da Espanha. Ocorre que, após análise mais acurada, a Alemanha verificou ter se equivocado na afirmação, tendo constatado, posteriormente, que a Espanha nada tinha a ver com a pulverização da doença. Teria agido a Alemanha de forma irresponsável ao fazer as acusações à Espanha? Seria cabível demanda indenizatória – por dano institucional e patrimonial, já que toda a Europa ficou receosa de comerciar com a Espanha – em face da Alemanha? Poderia ser formulado pedido compensatório, à União Européia, pelo Estado espanhol? Trazendo o exemplo para a realidade pátria, poderia o Estado vilipendiado valer-se da garantia constitucional disposta no art. 5º, V, da CRFB? E em relação ao art. 5º, X, da CRFB, de normatividade diversa? As respostas dependerão dos cenários em que se ambientem as interrogações, variáveis entre o *Estado de direito* e o *de direitos*.

De todo modo, está lançado o desafio intelectual.

4 CONCLUSÃO: ESTADO DE DIREITO OU ESTADO DE DIREITOS? POR UMA NOVA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ressalte-se, por oportuno, que embora seja indiscutível que a origem dos direitos fundamentais esteja atrelada à pretensão de limitação do poder estatal, inegável reconhecer que nem sempre os objetivos criacionais pioneiros perduram à posteridade.

Não nos esqueçamos, apenas para exemplificar, que experimentamos famosa marca de refrigerante que, *ab initio*, era remédio de posologia controlada. Da mesma maneira, recente propaganda, veiculada na mídia por famosa entrevistadora conhecida por suas constantes e reiteradas indagações, nos conta a existência de um creme anti-rugas que, na origem, fora idealizado, apenas, um curativo amenizador de cicatrizes, como ilustração de acidente científico dito benéfico, tal qual se pode dizer acerca da invenção do forno de microondas e a descoberta da penicilina, ambas importantíssimas. O mesmo se deu, inclusive, em relação aos direitos fundamentais, tendo em vista que a contemporaneamente tão festejada e amplamente admitida eficácia horizontal,

encontrou, antes de sua aceitação, óbices quase insuperáveis e fervorosas críticas, cujos argumentos, curiosamente, mais ou menos coincidem com aqueles utilizados para negar sua nova eficácia, desta vez invocável pelo próprio Estado.

Ainda que os direitos fundamentais tenham sido criados para obstaculizar a atuação ilimitada do Estado, hoje podem, sem quaisquer problemas, servirem para outros propósitos, até mesmo melhores que os anteriormente pensados – dentre os quais se inclui, primordialmente, frear quaisquer outras exacerbações de poder, quem quer que seja o perpetrador. Afinal, antes mesmo de surgirem para obstar o Estado, foram plasmados com o propósito vedativo de excesso, a justificar novas eficácias além daquela meramente vertical – como se deu, justamente, em relação à horizontal.

Assim como drogas puderam se tornar bebidas, direitos fundamentais obstativos de opressões podem, perfeitamente, se tornar, da mesma maneira, direitos fundamentais titularizáveis pelos opressores de outrora, os quais, à luz da perspectiva gerencial da nova Administração Pública, podem ser manejados, com vocação fraternal, para maximar a instrumentalização de garantias dos direitos de seus anteriormente exclusivos titulares.

Não se quer promover, longe disto, a crença de que o Estado seja essencialmente frágil, hipossuficiente e carecedor de maiores atenções constituição – até porque, todavia enfraquecido, continua robusto. Quer-se, isto sim, afirmar que, nada obstante excepcionalmente, seja possível ao ente estatal, sempre que em situação de submissão e sujeição, valer-se de posições jusfundamentais, a fim de que possa salvaguardar a confiança legítima dos primevos destinatários. Há, como se procurou denotar, Estados, exclusivamente vinculados à Lei e; “*Estados*”, eventualmente titulares de direitos – os quais serão oponíveis pelo Estado tanto em relação a particulares quanto em face de outros Estados, como, *e.g.*, seria possível no caso Alemanha v. Espanha e pepinos.

Concordamos que os direitos fundamentais têm como característica essencial a tutela da dignidade humana o que, a priori, seria de incompatível titularidade pelo Estado, afinal, de pessoa humana, este nada tem. Entretanto, se os direitos fundamentais enfeixados pelo Estado contribuiriam para concretizar direitos fundamentais de particulares e, pois, de maneira instrumental, o prestígio à dignidade humana, não há razões para negá-los peremptoriamente.

O Estado e seus direitos fundamentais são uma realidade – frise-se, extraordinária e de intensidade menor. O antagonismo, porém, é meramente aparente. O

reconhecimento de que o Estado tem, sim, direitos fundamentais potencializa as capacidades institucionais estatais e, portanto, permite que o mesmo não se furte ao dever inegligenciável de cumprimento dos direitos fundamentais alheios, como emanção prática da teoria dos poderes implícitos.

É preciso, portanto, que se repense o direito e que se criem novos paradigmas; que o céu é azul – embora seja assustadoramente incolor, conquanto nos pareça anil –, basta ver para crer; que o Estado tem direitos fundamentais – conquanto se diga não tê-los –, basta crer para ver.

Apenas e tão somente com visão prospectiva e desantolhada que será possível aluir dogmas vetustos e suplantá-los por novos, mais adequados a realidades igualmente viçosas.

Em suma, não há dúvida de que *eu* tenho direitos fundamentais. Tampouco se discute que *tu* tens direitos fundamentais. Da mesma maneira, *ele*, o Estado, indubitavelmente, tem direitos fundamentais. Donde se conclui que *nós*, sem exceções, temos direitos fundamentais. *Vós* duvidais? Esperamos que *Eles*, nossos argumentos, tenham conseguido convencerdes.

5 REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*. Cambridge: The Bleknap University Press, 1991.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *In: Revista de Direito Administrativo*, vol. 240, abr./jun. 2005.

_____. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. *In: Revista de Direito Administrativo*. nº 225, 2001

_____. A efetividade das normas constitucionais: por que não uma Constituição para valer? *In: Anais do Congresso Nacional de Procuradores de Estado*, 1986.

_____. *Doze anos da Constituição brasileira de 1988: uma breve e acidentada história de sucesso*. *In: Temas de direito constitucional*, t. I, 2002.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *La eficacia de los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*. Madrid: McGraw-Hill, 1994.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª Ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 4ª Edição, São Paulo : Saraiva, 2005.

CUNHA, Eunice Leonel da. Aplicabilidade das Disposições Constantes do Código de Defesa do Consumidor à Administração Pública. In: *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, ano 2000.

CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, v. 1.

FARIA, José Eduardo Soares. A noção de paradigma na Ciência do Direito: notas a uma crítica ao idealismo jurídico. In: FARIA, José Eduardo Soares (Org.). *A Crise do Direito em uma Sociedade de Mudanças*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1988.

FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pág. 22.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. De Frauzi Hassan Choukr e outros. 2ª ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FRANCO, Paulo Fernando de Mello. A Função Social das Funções Sociais. In *Revista da Escola da Magistratura Regional Federal*, Rio de Janeiro: EMARF TRF 2ª Região, Volume 18, nº 1, julho de 2013.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

GARCIA, Flávio Amaral. O Estado como consumidor. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado*, v. 60, Rio de Janeiro, 2006.

GOMES, Ana Cláudia Nascimento. MORAIS, Roberta Jardim. De uma Visão Jurídico-Constitucional a uma Proposta Pragmático-Ecônômica dos Direitos Sociais: Cooperação e cooperativa. In. ROCHA, Cármem Lúcia Antunes (Coord.). *O Direito a Vida Digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição: Die normative Kraft der Verfassung*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

_____. *Significado de los Derechos Fundamentales*. In: BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE. *Manual de Derecho Constitucional*. Trad. Antonio Lopez Piña. Madrid: Marcial Pons, 1996.

HOLMES, Stephen and SUNSTEIN, Cass R. (2000). *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. W.W.. Norton.

KHUN, Thomas. *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago:University of Chicago Press, 1962.

MATHIEU, Bertrand. *Droit constitutionnel et droit civil: "de vieilles outres pour un vin nouveau"*. *Revue trimestrielle de droit civil*. Paris, n. 1, p. 59-66, jan./mar. 1994.

MIRANDA, Jorge. Momentos constitucionais e mudança política. *Manual de Direito Constitucional*, II, 5ª ed., Coimbra, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodim de. *Danos a pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NEVES, Marcelo. *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne. Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien*, Berlin, 1992.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Direito fundamental à boa Administração Pública*. Tradução Daniel WunderHachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *La reinvenición del Estado y el Estado plurinacional*. In: *OSAL, Observatorio Social de America Latina*, ano VIII, no. 22, CLACSO, Buenos Aires, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SCHWAB, Jürgen. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em Homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel [orgs.]. *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002, In: *Temas de Direito Civil*, tomo II, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

_____. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro, In: *Temas de Direito Civil*, 4ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.