

SERVIÇO PÚBLICO: UM INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

ANA CLÁUDIA FINGER*

I. Considerações introdutórias — II. Constituição e os direitos fundamentais — 2.1. Classificação dos direitos fundamentais — 2.2. A Constituição Federal de 1988 e os Direitos Fundamentais — III. A especial problemática dos direitos fundamentais sociais — 3.1. Ilegitimidade democrática e princípio da separação dos poderes – obstáculos à justicialização dos direitos fundamentais sociais? — 3.2. A legitimação judicial na concretização dos direitos fundamentais — IV. Serviço público – Um direito fundamental — 4.1. Estado Social, Neoliberalismo e Direitos Fundamentais — 4.2. O direito fundamental ao serviço público — V. Conclusões

I. Considerações introdutórias

A Constituição, desde o século XIX, é entendida como o instrumento fundamental de organização do Estado de Direito, garantia dos direitos individuais dos cidadãos e limite à vontade estatal. É o documento jurídico que, organizando o exercício do poder político, estabelece princípios, delimita os fins, as tarefas e os objetivos a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade.

Desde o nascimento do constitucionalismo no século XVIII, direitos fundamentais e constituição sempre estiveram intimamente ligados. A doutrina constitucional tradicional buscou estabelecer um equilíbrio entre a organização do poder e a proteção dos indivíduos. Já no constitucionalismo moderno, que sempre esteve ancorado em dois pólos — a garantia dos direitos do homem e a limitação do exercício do poder — a tônica reside na garantia dos direitos fundamentais e é a esse fim que se submete a organização estatal.¹

* Professora do Curso de Especialização em Administração Pública da UniBrasil. Mestranda em Direito do Estado pela UFPR. Advogada em Curitiba.

1 Sobre a evolução do constitucionalismo, vale conferir: ZABREBELSKI, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Madrid : Editorial Trotta, 1999.

Ao inverso da concepção tradicional, onde os direitos fundamentais se submetiam à lei, o constitucionalismo contemporâneo preconiza que a lei é concebida para a garantia dos direitos fundamentais e estes, por sua vez, vinculam todos os poderes constituídos. Nesse sentido, a finalidade essencial atribuída à Constituição, compreendida não apenas como um sistema de normas de superior hierarquia, mas sim como um produto de uma sociedade, passa a ser a tutela dos direitos fundamentais.

Conquanto esteja inteiramente centrado na teoria dos direitos fundamentais, em suas três grandes frentes (fundamentação, positivação e eficácia), o problema nuclear que vem sendo enfrentado pelo constitucionalismo moderno diz respeito à proteção desses direitos.² Em verdade, a eficácia jurídica das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais é tema sobre o qual vem se debruçando acendradamente a doutrina constitucional, especialmente no que toca aos direitos sociais.

De fato, a eficácia e efetividade dos direitos sociais é questão que mais tem suscitado controvérsias, dividindo a doutrina constitucionalista. De um lado, os que assinalam a impossibilidade de tais direitos serem justicializados, eis que se tratam de direitos prescritos por normas dotadas de eficácia muito reduzida. De outro, há os que defendem que os direitos fundamentais sociais revestem-se do caráter de verdadeiros direitos subjetivos e, à vista disso, gozam de eficácia jurídica sendo passíveis de justicialização.

A pesquisa aqui desenvolvida assenta-se na premissa de que os direitos fundamentais sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos por meio do Estado. Isto significa que são direitos a prestações materiais positivas que o Estado, por meio das leis, dos atos administrativos e também da implementação dos serviços públicos está adstrito a realizar a fim de concretizar o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos.

A reflexão busca demonstrar que a concretização desta função estatal é uma garantia constitucional de realização material de direitos fundamentais. Aliás, é certo que o produto imediato do estudo do Direito Administrativo sobre as bases do Direito Constitucional tem o condão de trazer o aperfeiçoamento das noções categoriais do regime administrativo para a realização dos direitos fundamentais.³

2 A respeito da problemática relativa à proteção dos direitos fundamentais, vale destacar a afirmação de Norberto BOBBIO que, já na década de 60, advertia: "o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Ed. Campus, p. 23-24.

3 Não se pode deixar de registrar a inevitabilidade da proximidade da disciplina do Direito Administrativo com o Direito Constitucional. Como anota Jorge Miranda, "nem sempre hoje se consegue traçar com nitidez as fronteiras do Direito Constitucional e do Direito Administrativo", de forma que "quando o Estado do século XX se apresenta como um *Estado Administrativo*, em vez de *legislativo* (Carl Schmitt), muito do que é administrativo eleva-se a constitucional; inversamente, quando a lei emana do Poder Executivo e se converte em medidas concretas é esse acto de Direito Constitucional que parece convolar-se em acto de Direito administrativo." Cf.: MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: preliminares. O Estado e os sistemas constitucionais*. 4. ed. Coimbra : Coimbra, 1990, p. 21.

Assim é que, percorrendo pela cambiante noção do serviço público e seus princípios fundamentais, pretende-se demonstrar que, apesar das mutações que o conceito tem sofrido⁴, não há alteração no núcleo essencial do instituto. Com efeito, o serviço público corresponde às prestações materiais dirigidas aos cidadãos, para atendimento das necessidades ou satisfação de comodidades, realizadas pelo próprio Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime jurídico de direito público, que se caracteriza pela presença de prerrogativas de supremacia e sujeições especiais.

Nessa linha, a pesquisa evidencia o serviço público como uma atividade desenvolvida pelo Poder Público, portanto, sob um regime jurídico administrativo, correspondente à satisfação de necessidades essenciais da sociedade, segundo princípios de generalidade, continuidade, modicidade de tarifas e eficiência. Sendo a sua prestação um dever do Estado para atendimento de uma essencial necessidade da comunidade, o serviço público constitui um direito público subjetivo do cidadão, constituindo instrumento de realização efetiva dos direitos fundamentais sociais.

E é nessa seara que se insere um dos temas mais ingentes da dogmática constitucional atual: o papel que incumbe ao Poder Judiciário na concretização efetiva dos direitos fundamentais sociais, mormente diante da notória incapacidade do Estado na prestação real dos serviços sociais básicos. A problemática que se evidencia no tratamento dos direitos fundamentais sociais não decorre apenas das dificuldades em relação à definição de sua efetividade, mas também da discussão em torno dos limites de atuação do Poder Judiciário na tutela de tais direitos. Discussão esta que resulta de um confronto das normas definidoras da ordem social e outras como a da separação dos poderes, da deliberação majoritária etc.

A reflexão busca evidenciar que esse confronto mostra-se equivocado, na medida em que o debate em torno da legitimidade do Poder Judiciário na tutela dos direitos fundamentais tangencia não apenas questões de técnica constitucional, mas perpassa pelos campos da ciência política e da economia, resultando marcadamente influenciado por questões ideológicas.

4 Nos últimos tempos, em decorrência de diversos fatores, como a multiplicação da população, a globalização econômica (com a eliminação das fronteiras de mercado) e a redução da eficiência na prestação das atividades desempenhadas diretamente pelo Estado, tem-se assistido ao que se denominou "crise fiscal". Vendo-se impossibilitado de suprir as demandas da coletividade o Estado entrou em crise, sendo levado a redefinir o seu papel. Com efeito, um Estado que não se apresenta em condições de financiar a prestação dos serviços públicos se deslegitima perante a coletividade. Esta situação de insolvência governamental implicou a necessidade de reconstruir o Estado, redefinindo-se o seu papel com significativa redução da atuação direta, tanto na realização dos direitos sociais, como na intervenção econômica. Sobre a evolução no tradicional conceito de serviço público, imprescindível conferir a doutrina do espanhol Gaspar Ariño ORTIZ, que ostenta um posicionamento hostil em relação ao conceito clássico de serviço público, ficando relegado ao Estado, apenas o papel regulatório. Cf.: ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. Granada: Comares Editorial. 1999.

Enfim, tratando-se de determinações assentadas num diploma normativo de superior hierarquia, a Constituição, a concretização dos direitos fundamentais é um mandado soberano que vincula todos os poderes constituídos.

II. Constituição e os direitos fundamentais

A Constituição de um Estado não é apenas um documento jurídico, um sistema de normas localizadas num lugar superior hierarquicamente.⁵ É muito mais do que isso. Ela representa um verdadeiro contrato social, com um núcleo central de normas que decorrem das necessidades e conquistas históricas de uma dada formação social e que devem permanecer como diretrizes básicas da sociedade que se pretende construir.

Como anota Jorge MIRANDA, “qualquer Estado, seja qual for o tipo histórico que o conduza, tem Constituição; na medida em que necessariamente se acompanha de uma institucionalização jurídica do poder, em qualquer Estado podem recortar-se normas fundamentais em que se assenta todo o seu ordenamento”.⁶

Não apenas como ordem jurídica de procedimento para o poder estatal, a Constituição assume a função de um documento para a integração da comunidade na formação da consciência política. É, na verdade, um discurso codificador da realização de interesses programáticos e da legitimação de pretensões de domínio político — resultado de uma luta de posições constitucionais e o “fundamento das esperanças” de um povo. No entanto, o poder de integração que lhe é dado depende exclusivamente da sua efetiva realização e concretização na vida diária.⁷

5 A Constituição aqui é compreendida como um sistema normativo aberto de regras e princípios que, refletindo os valores sociais, inspira a organização política fundamental de uma sociedade que se pretende social e democrática. Essa dimensão, como expõe Paulo Ricardo Schier, permite que considere a Constituição em suas duas dimensões : jurídica e política (formal e material). SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional: Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 86. A respeito do tema, vele conferir o debate teórico travado entre Ferdinand Lassale e Konrad Hesse. Para o primeiro, a Constituição escrita é uma folha de papel, desprovida de conteúdo normativo, o qual reside apenas nos fatores reais de poder, aquilo que ele considera constituição real. LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998, p. 47. Já Konrad Hesse, embora tenha escrito sua obra quase um século mais tarde, debate a concepção de Lassale, vislumbrando a capacidade da Constituição construir a realidade, dada a sua força normativa e o sentimento constitucional presente na sociedade. Para ele, “a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (...) Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. De Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 19.

6 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II, 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 7.

7 KRELL, Andréas. *Direitos sociais e controle social no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 28-29.

Concebida como um sistema aberto de regras e princípios, construída através do diálogo com a realidade da sociedade que sobre ela se edifica, a Constituição é um documento dotado de força normativa que, além de estruturar o Estado, estabelece os objetivos materiais e os fins públicos a serem alcançados, vinculando o agir do Poder Público na concretização dos valores nela consagrados.

Vislumbrando a Constituição como um documento normativo do Estado e da Sociedade e superando a idéia da Constituição apenas como um concentrado de princípios políticos desprovidos de eficácia, Clèmerson Merlin CLÈVE enfatiza “a compreensão da Constituição como norma, aliás, norma dotada de superior hierarquia, a aceitação de que tudo que nela reside constitui norma jurídica, não havendo lugar para lembretes, avisos, conselhos ou regras morais e, por fim, a percepção de que o cidadão tem acesso à Constituição, razão pela qual o legislativo não é o seu único intérprete, são indispensáveis para a satisfação da superior autoridade constitucional.”⁸

Os Direitos Fundamentais foram decididamente incorporados ao constitucionalismo através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, fruto da Revolução Francesa de 1789. A propósito, cabe lembrar o artigo 16, da Declaração de 1789: “Não tem constituição a sociedade em que não estiver assegurada a garantia dos direitos (fundamentais), nem determinada a separação dos poderes.” No fim do século XIX e início do século XX, em decorrência dos movimentos sociais que permearam a história, notadamente a Revolução Industrial, as constituições passaram a incorporar, ao lado dos direitos e garantias individuais, os direitos sociais.⁹

A partir daí, a preocupação do constitucionalismo passou a ser a abrangência e a eficácia dos direitos fundamentais, por intermédio de ações estatais de intervenção direta ou de controle e fiscalização. No que toca aos direitos sociais, essa preocupação é especialmente verdadeira, mormente diante do debate que tem travado a doutrina constitucionalista quanto à eficácia jurídica das normas que definem os direitos sociais e a possibilidade de serem eles justicializados.

Em verdade, a eficácia dos direitos fundamentais sociais constitui uma das questões mais urgentes da teoria dos direitos fundamentais e sobre o qual a dogmática constitucional tem dedicado enorme atenção, mormente diante da onda de doutrinas políticas e econômicas neoliberais que passaram a questionar a validade da garantia dos direitos sociais pregando a redução e, em alguns casos, até a eliminação de tais direitos.¹⁰

8 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 33.

9 A propósito, vale registrar a advertência de Paulo Bonavides, para quem, “na presente fase da doutrina, já não se trata em rigor, como assinalou Leibholz, de uma igualdade “perante” a lei, mas de uma igualdade “feita” pela lei, uma igualdade “através” da lei.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Editora Malheiros, 2000, p. 341.

10 É sob esse prisma que o tema do serviço público assume especial relevância, especialmente se considerarmos que o Estado brasileiro – um Estado de Direito que se fundamenta numa social democracia, e na busca de uma sociedade livre, justa e igualitária – tem sofrido forte abalo diante de um pseudo-modernismo neoliberal e globalizador, que serve apenas para atender aos interesses de países centrais e à economia internacional.

Todavia, antes de enfrentar o tema central da pesquisa que é a configuração do serviço público como uma garantia constitucional de concretização de direitos fundamentais, cabe um exame prévio acerca da classificação dos direitos fundamentais.

2.1. *Classificação dos direitos fundamentais*

O estudo dos direitos fundamentais fez proliferar diversas classificações que apresentam entre si um maior ou menor grau de semelhança, sendo que as dissensões, no mais das vezes de ordem semântica, decorrem do enfoque e da linha de pesquisa adotados.

O estudo dos direitos fundamentais tem como ponto de partida a obra de Robert Alexy, que formula uma construção sedimentada numa teoria jurídica geral e dogmática dos direitos fundamentais.¹¹

Alexy formula um conceito de direito fundamental constituído por um leque de posições iusfundamentais — direitos a algo (ações negativas [direitos de defesa] e ações positivas [fáticas e normativas]); liberdades e competências. Nesses termos, direito fundamental consiste num leque de posições definitivas e *prima facie*, vinculadas reciprocamente nas três formas básicas (direitos a algo, liberdades e competências) e adscritas a uma disposição iusfundamental através de uma relação meio/fim – ponderação. Essa conjugação de posições definitivas e *prima facie* conduz a um carácter dinâmico (diferentemente do que ocorre com o direito fundamental consistente apenas em posições definitivas, que apresenta um carácter estático). O direito fundamental constituído por posições definitivas e *prima facie* inclui exigências que vão além daquelas existentes, daí porque podem entrar em situação de colisão com outros direitos fundamentais e com princípios referidos a bens coletivos, estando, assim, absolutamente vinculados com seu entorno normativo.¹²

A classificação dogmática dos direitos fundamentais, parte da consideração acerca da estrutura e função que esses direitos exercem no sistema, sendo distinguidos entre direitos de defesa e direitos a prestação.

11 Um dos pilares da obra de Alexy é a sua construção acerca da distinção entre regras e princípios. O modelo proposto constitui a chave para a solução dos principais problemas que cercam os direitos fundamentais, como por exemplo, o papel que tais direitos exercem no sistema. Segundo Alexy, tanto as regras quanto os princípios são normas, porque dizem o que deve ser. Apontando a insuficiência do critério que distingue regra e princípio segundo um grau de generalidade, o autor expõe que entre eles não existe somente uma diferença gradual, e sim qualitativa. Princípios são mandados de otimização, são razões a serem cumpridas *prima facie* e cuja colisão é resolvida mediante a ponderação que se estabelece através de uma relação de precedência condicionada entre princípios opostos. Já as regras são normas que devem ser cumpridas ou não, isto é, são razões definitivas do dever-ser que se caracterizam por conterem determinações no âmbito do fático e juridicamente possível. O conflito entre regras é resolvido através da inserção de uma cláusula de exceção ou de invalidade de, pelo menos, uma das regras, tendo em vista a impossibilidade fática ou jurídica. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 83 e ss.

12 Nessa linha, o autor constrói um modelo segundo o qual as disposições de direito fundamental apresentam um carácter duplo, sendo compostas de regras e princípios que se encontram vinculados em diferentes níveis. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 130 e ss.

Assim, os direitos de defesa se caracterizam por expressarem posições jurídicas que exigem uma abstenção do Estado. São, pois, direitos contra o Estado, onde o objeto da relação *iusfundamental* implica uma ação negativa do Estado em relação aos seus titulares. Fundamentam pretensões de omissão do Estado.

Os direitos fundamentais a prestações têm como objeto o poder de exigir do Estado a realização de ações positivas (normativas ou fáticas). É a contrapartida exata do direito de defesa, que compreende todo direito a uma ação negativa.¹³

Segundo uma classificação dimensional¹⁴, que leva em consideração o conteúdo dos direitos fundamentais, estes podem ser de primeira dimensão, segunda dimensão e terceira dimensão.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão surgem e se afirmam como direitos do indivíduo frente ao Estado, especificamente como direitos de defesa, ou seja, dirigem-se à proteção de valores relativos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, contendo limitações ao poder jurídico na medida em que estabelecem de uma zona de não intervenção do Estado na autonomia individual. Constituem, assim, afirmação jurídica da personalidade humana. Apresentam um cunho negativo por serem dirigidos a uma abstenção do Estado¹⁵. São os chamados direitos fundamentais clássicos, também denominados direitos de resistência ou de oposição frente ao Estado, pois impõem a este deveres de abstenção para preservação da autonomia dos indivíduos. Inserem-se nessa dimensão o direito à vida, o direito à liberdade, o direito à propriedade e à igualdade perante a lei e mesmo algumas garantias processuais, como o devido processo legal, o *habeas corpus* e o direito de petição.

13 Aqui, ALEXY diferencia os direitos a prestações em sentido estrito, que compreendem as prestações fáticas que são aquelas que poderiam ser proporcionadas pelos particulares, e constituem apenas uma parcela dos direitos a prestações; e os direitos a prestações em sentido amplo que podem ser divididos em três grupos: a) direitos de proteção; b) direitos a organização e procedimento e c) direitos a prestações em sentido estrito. Os direitos fundamentais à proteção consistem nos direitos do titular de direito fundamental frente ao Estado para que este o proteja de intervenções de terceiros. Os direitos à organização e procedimento podem ser tanto direitos ao estabelecimento de determinadas normas procedimentais quanto direitos a uma determinada interpretação de aplicação concreta de normas procedimentais. São direitos que conferem uma proteção efetiva dos direitos fundamentais através de procedimentos. Os direitos a prestações em sentido estrito (direitos sociais fundamentais) são direitos do indivíduo frente ao Estado a algo que – se o indivíduo possuir meios financeiros suficientes e se encontrasse no mercado uma oferta suficiente – poderia obter também dos particulares. ALEXY, Robert. Op. cit. p. 482 e ss.

14 Ingo SARLET chama a atenção para a imprecisão terminológica da expressão “geração”, que conduz ao entendimento equivocado de que os direitos fundamentais se substituem ao longo do tempo, conquanto estejam em constante processo de expansão e fortalecimento. Segundo ele, a expressão “dimensão” é mais apropriada, porque não vincula os direitos fundamentais a um liame cronológico, mas os aproxima segundo uma mesma dimensão de conteúdo. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 46 e ss.

15 Segundo a teorização formulada por JELLINEK, são direitos que pertencem ao *status* negativo. Já os direitos a proteção, exatamente por exigirem um prestação do Estado, pertencem ao *status* positivo. A respeito, vide as críticas formuladas por Alexy. Cf.: ALEXY, Robert. Op. cit., capítulo 5.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão surgem dos movimentos reivindicatórios para atribuir ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. Identificam-se como direitos sociais sendo que a sua consagração implica a superação de uma perspectiva estritamente liberal, passando o Homem a ser considerado para além de sua condição individual. Não se cuida de liberdade perante o Estado, mas de liberdade por intermédio do Estado. Caracterizam-se por outorgar aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais (assistência social, saúde, educação, trabalho etc.), revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas. Neles também se incluem as denominadas “liberdades sociais” (sindicalização, direito de greve etc.), mas sempre se reportando à pessoa individual, não se confundindo com os direitos coletivos ou difusos de terceira dimensão. Enfim, são direitos que impõem ao Estado determinados deveres de prestações positivas, visando à melhoria das condições de vida e à promoção da igualdade material.

Florescidos na última década, os direitos fundamentais de terceira dimensão – de fraternidade ou solidariedade – se destacam por se desprenderem da figura do homem-indivíduo como o seu titular. São direitos que se destinam à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), caracterizando-se como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Inserem-se nesta perspectiva o direito à proteção ambiental, a faceta coletiva da tutela do consumidor, o direito à informação, o direito à autodeterminação e ao desenvolvimento econômico.

Segundo uma perspectiva jurídico-objetiva ressaltada por Ingo Wolfgang SARLET¹⁶, os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público. Além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico fornecendo diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.

Nesse sentido, os direitos fundamentais representam um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais. Às normas que prevêm direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende esta perspectiva subjetiva, desembocando no reconhecimento de conteúdos normativos.

Ao lado dos direitos fundamentais identificados como direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado corresponde sua condição (como direito objetivo) de normas de competência negativa para os poderes públicos. Há uma troca de perspectiva, no sentido de que aquilo que os direitos fundamentais concedem ao indivíduo em termos de autonomia decisória e de ação eles objetivamente retiram do Estado.

Outra função desempenhada pelos direitos fundamentais nesta perspectiva diz com o reconhecimento de deveres de proteção do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais

16 SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p.139 e ss.

dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões providas de particulares e até mesmo de outros Estados.

2.2. A Constituição Federal de 1988 e os Direitos Fundamentais

A positivação dos direitos fundamentais colocou um fim ao modelo absolutista do Estado. Os movimentos sociais surgidos em decorrência da Revolução Industrial impulsionaram o Estado a mudar da posição passiva de manutenção da ordem social para uma posição ativa, relativamente à proteção dos direitos, com vistas ao estabelecimento de um padrão mínimo de igualdade e de uma vida digna. Houve o rompimento definitivo com o Estado absolutista.

Essa passagem foi brilhantemente definida por Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem, “a consagração dos direitos individuais corresponde ao soerguimento de uma paliçada defensiva do indivíduo perante o Estado. A consagração dos direitos sociais retrata a ereção de barreiras defensivas do indivíduo perante a dominação econômica de outros indivíduos.”¹⁷

Como resultado da participação de todos os segmentos da sociedade que, durante mais de 20 (vinte) anos foram excluídos do processo político, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 — aclamada Constituição Cidadã — é o coroamento do processo de restauração do Estado Democrático de Direito. Com ela novos e importantes arsenais jurídicos foram criados, superando-se, assim, aquela perspectiva autoritária, onisciente e não pluralista do exercício do poder, que marcou pela intolerância e pela violência.¹⁸

Tendo como núcleo central o princípio da dignidade da pessoa humana, elevada à categoria de fundamento do Estado Democrático de Direito, e um extenso catálogo de direitos fundamentais, a Lei Fundamental de 1988 revela um Estado comprometido com uma sociedade emancipada e igualitária, cujas finalidades estão atreladas à garantia de uma vida digna a todos os cidadãos. Percebe-se, assim, que a Constituição Federal de 1988 é uma valiosa carta de proteção dos cidadãos contra os abusos perpetrados tanto por entes estatais quanto privados.¹⁹

Sem embargo de alguns vícios que certamente podem lhe ser apontados, é de se reconhecer que estes não têm o condão de encobrir as virtudes e inovações trazidas pelo texto constitucional de 1988. Concebida como uma Carta compromissória, democrática e dirigente²⁰, através da qual se pretende a construção de uma sociedade

17 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social*. Revista de Direito Público. n. 57/58, 1983.

18 BARROSO, Luiz Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 10.

19 Como assinala Paulo Bonavides, a Constituição da República Federativa do Brasil “imprime uma latitude sem precedentes aos direitos sociais básicos, dotados agora de uma substantividade nunca conhecida nas constituições anteriores.” É uma Constituição do Estado Social, legitimada pelos valores igualitários e humanistas que faz expargir. BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 339.

20 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Direito Alternativo. Por uma Dogmática Constitucional Emancipatória*. In: Evento Comemorativo do Sesquicentenário do Instituto dos Advogados Brasileiros,

calcada nos alicerces da democracia, da justiça social e comprometida com os valores de todos os segmentos envolvidos no seu processo de elaboração, a Carta Política de 1988 é uma Constituição principiológica, que parte de uma base antropológica comum inarredável: a dignidade da pessoa humana. A proteção à dignidade da pessoa humana foi elevada a fundamento do Estado Democrático de Direito, sendo o homem encarnado na sua tríplice dimensão: sujeito, cidadão e trabalhador.²¹

É uma Constituição marcadamente dirigente²² que, delimitando os fins públicos a serem alcançados, condiciona os poderes a atuar na direção eleita pelo constituinte, notadamente em campos como os da educação, saúde, cultura, impondo a realização de valores como a justiça material e os direitos a ela inerentes.

Ao lado do econômico e social que avultam na Constituição de 1988, também se destacam os direitos e garantias fundamentais que vinculam todos os poderes do Estado e revelam uma grande conquista na luta contra a tirania e o abuso de poder. A propósito, impende ressaltar que a consagração constitucional dos direitos fundamentais guarda vinculação direta com o princípio da separação dos poderes. Com efeito, a teoria preconizada por MONTESQUIEU destinava-se a conter o poder, através do sistema dos freios e contrapesos, evitando o seu abuso, com vistas à proteção do indivíduo, suas liberdades e seus direitos.

Como já alinhavado nas notas introdutórias, a Constituição não é apenas um documento jurídico que delimita as funções estatais, mas, antes disso, é um instrumento de concretização da cidadania e dos direitos fundamentais nela acolhidos, visto que o seu núcleo essencial está voltado para a garantia de bens, interesses e valores individuais consagrados pela categoria dos direitos fundamentais. Sendo assim, a organização do Estado e a distribuição e delimitação do exercício do poder revelam-se meramente instrumentais para assegurar à sociedade uma vida digna, justa, livre e solidária.

Nessa ordem de idéias, as determinações insculpidas na Constituição têm o condão de vincular todos os poderes constituídos, caracterizando-se como verdadeiros mandados soberanos.

Enfim, ao lado do direito assegurado ao cidadão corresponde o respectivo dever do Estado de prestá-lo.²³ Assim, onde restar assegurado um direito ao cidadão, este é investido de um poder jurídico de exigir prontamente uma prestação para a concretização desse direito, podendo, certamente, recorrer ao Poder Judiciário, sempre que o sujeito passivo (destinatário do mandamento) deixar de satisfazer.

1994, Rio de Janeiro. DIREITO ALTERNATIVO. Seminário Nacional sobre o Uso Alternativo do Direito, Rio de Janeiro: COAD, 1994, p. 47.

21 Esta é a tríade mágica concebida por CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional*, 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 347.

22 No sentido que lhe atribui Canotilho. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

23 A moderna doutrina constitucional enfatiza que qualquer direito fundamental constitucional (civil, político, econômico, cultural ou social) contém, ao mesmo tempo elementos de obrigações positivas e negativas para o Estado. Cf.: SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 148 e ss.

No âmbito do Estado Social de Direito os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas sim guiado pelo valor da justiça material.

Em síntese, além da íntima vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, estes, sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado democrático e social de Direito, tal qual consagrado também em nosso direito constitucional positivo vigente.

Ademais disso, como leciona Paulo Bonavides, no direito constitucional brasileiro não há diferença entre os chamados direitos fundamentais clássicos (*status* negativo de JELLINEK), também chamados de primeira dimensão, e os direitos fundamentais sociais (*status* positivo de JELLINEK), que se inserem na categoria dos direitos de segunda dimensão. Não há entre eles diferença de grau nem de valor, sendo ambos decorrência de um bem maior: a dignidade da pessoa humana²⁴.

III. A especial problemática dos direitos fundamentais sociais

3.1. Ilegitimidade democrática e princípio da separação dos poderes – obstáculos à justicialização dos direitos fundamentais sociais?

No tocante ao tema dos direitos fundamentais sociais, especialmente relevante (e problemática) é a discussão em torno da eficácia jurídica de tais direitos, por certo, diante da natureza desses direitos, que se destinam a compelir o Estado à realização de prestações materiais, nem sempre resgatáveis, seja por carência ou limitação de meios e recursos. O fato é que, durante muito tempo, estes direitos tiveram a sua juridicidade questionada, de modo que a doutrina os inseria dentro da esfera programática.

Nessa linha, cite-se a posição defendida por Konrad HESSE, para quem, os direitos fundamentais sociais, por apresentarem uma estrutura distinta daquela ostentada pelos tradicionais direitos de liberdade e igualdade, não revelam um caráter de direitos subjetivos individuais, apenas, evidenciam, de antemão, ações do Estado tendentes a realizar o programa neles contido. Segundo HESSE, essa estrutura distinta dos direitos fundamentais sociais faz com que “somente a partir de uma regulação concreta acometida pelo legislador podem nascer pretensões jurídicas bem determinadas e invocáveis ante o poder público.”²⁵

24 BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 595.

25 *Apud*, LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Idem, p. 73. Nessa mesma linha de pensamento. Leivas destaca a posição de Böckenförd, para quem a justicialidade dos direitos fundamentais sociais implica violação ao princípio democrático. Idem, p. 74.

Não obstante, diante da ênfase dada aos direitos fundamentais pela Constituição Federal de 1988, positivados no início do texto constitucional, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, constituindo-se parâmetro hermenêutico e valores superiores a toda ordem constitucional e jurídica, as objeções suscitadas quanto a exigibilidade dos direitos fundamentais sociais caem por terra. De ressaltar-se, a inovação trazida pelo artigo art. 5º, parágrafo primeiro, da Lei Fundamental, que dispõe que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata. É de se reputar excluído, assim, o cunho programático desses preceitos. Também no intento de consagrar um *status* jurídico diferenciado e maior proteção a essas normas, o legislador constituinte as incluiu no rol das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º).

Neste passo, interessante destacar a definição apresentada por Paulo Gilberto Cogo LEIVAS que, investigando a fundo os direitos fundamentais sociais em dissertação de mestrado defendida perante a Universidade Federal do Paraná concebe-os, num sentido material, como sendo “direitos a ações positivas fáticas, que se o indivíduo tivesse condições financeiras e encontrasse no mercado oferta suficiente, poderia obtê-las de particulares, porém, na ausência destas condições e considerando a importância destas prestações, cuja outorga ou não outorga não pode permanecer nas mãos da simples maioria parlamentar, podem ser dirigidas contra o Estado por força de disposição constitucional.”²⁶

O que se observa nos debates travados acerca da eficácia das normas definidoras dos direitos sociais, é que a problemática transcende questões de técnica constitucional. Com efeito, aqui predominam discussões que perpassam pela seara da teoria constitucional e vão para a ciência política, restando marcadas por conflitos marcadamente ideológicos. Assim, mais do que um caráter científico, a resistência à justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais apresenta-se puramente ideológica e não jurídico-racional.

Em verdade, debate-se as fronteiras entre o jurídico e o político, entre o político e o econômico, a legitimidade democrática do poder judicial, notadamente, o que se reputa o caráter contramajoritário da tutela judicial dos direitos fundamentais sociais.²⁷

A ilegitimidade democrática constitui uma forte objeção à tutela judicial dos direitos sociais, na medida em que isto implicaria transferir para o Judiciário o poder de decisão sobre a eficácia de normas que impõem ao Estado a realização de prestações positivas aos indivíduos e à sociedade.^{28 29}

26 LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *A Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais*. Dissertação de Mestrado, UFPR, 2002, p. 71.

27 A propósito do caráter contramajoritário do Poder Judiciário, interessante conferir a obra de Roberto Gargarella. Fazendo referência à tensão que existe quando o Poder Judiciário se dedica ao exame das leis, sobretudo diante do confronto com o princípio da tripartição dos poderes e a concepção democrática dos Estados, Gargarella lança as bases para limitar e reorientar a tarefa de revisão judicial das leis. GARGARELLA, Roberto. *Sobre el carácter contramajoritário del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996.

28 Veja-se, a propósito, a advertência de Alexy, para quem, “el sentido de los derechos fundamentales consiste justamente en no dejar en manos de la mayoría parlamentaria la decisión sobre

No entanto, o argumento de maior peso contra a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais sempre foi centrado no princípio da tripartição dos poderes. Isto porque sempre vigorou o entendimento de que o Poder Judiciário não pode intervir na esfera reservada a outro Poder, exercendo o controle das opções legislativas de organização e prestação. A sua intervenção deve se dar, apenas excepcionalmente, em caso de violação evidente e arbitrária pelo legislador, da determinação constitucional.³⁰

O certo é que, por se tratarem de demanda de direito a prestação estatal, a doutrina constitucionalista ainda diverge quanto ao alcance de tais direitos, havendo, por isso mesmo, forte resistência ao fato do Poder Judiciário funcionar como garante dos direitos fundamentais sociais, seja sob o argumento de que as normas que os prescrevem caracterizam-se por serem dotadas de uma eficácia muito reduzida, ou por se inserirem na esfera programática ou, porque carecem de intervenção legislativa.

Embora discretamente, a jurisprudência já vem reconhecendo a justiciabilidade dos direitos sociais, como observa Luigi FERRAJOLI ao afirmar que a experiência jurídica contemporânea tem sinalizado para a viabilidade de assegurar-se a eficácia prática dos direitos judiciais por intermédio do Poder Judiciário, *verbis*:

*la tesis de la no susceptibilidad de tutela judicial de estos derechos resulta desmentida por la experiencia jurídica más reciente, que por distintas vías (medidas urgentes, acciones reparatorias y similares) ha visto ampliar-se sus formas de protección jurisdiccional, en particular en lo que se refiere al derecho a la salud, a la seguridad social y a una retribución justa.*³¹

Interessante é a crítica suscitada por Cláudio Ari MELLO quanto à alegada ilegitimidade do Poder Judiciário na tutela dos direitos sociais. Para o autor, trata-se de uma objeção que parte de uma premissa ultraconservadora e, portanto, equivocada, da teoria da tripartição dos poderes.

determinadas posiciones del individuo, es decir, en delimitar el campo de decisión de aquella y es propio de posiciones iusfundamentales el que pueda haber dasacuerdo sobre su contenido.” ALEXY, Robert. Op. cit., p. 412.

29 Aqui não se pode deixar de fazer referência ao debate travado entre Carl SCHIMITT e Hans KELSEN. A polémica decorreu das divergências dos dois doutrinadores a respeito de a quem incumbiria a guarda da Constituição, sendo questionada a legitimidade dos órgãos jurisdicionais, para invalidar regras produzidas pelo legislativo, principalmente em virtude do princípio democrático, eis que se ressalta o paradoxo/contraste entre a legitimidade conferida pelo povo, durante o processo eleitoral, aos órgãos legislativos e a ilegitimidade dos órgãos judiciais e cortes constitucionais, cujos membros não são eleitos pelo povo. Sobre a polémica vale conferir SCHIMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1998 e KELSEN, Hans. *Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos. 1995.

30 Nesse caso, a eficácia dos direitos fundamentais sociais não poderia ser suscitada perante o Judiciário por se tratarem de normas que dependem de aspectos cujo poder de decisão centra-se nas esferas legislativa e executiva.

31 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 64.

Em profundo ensaio monográfico³² acerca dos direitos fundamentais sociais, Cláudio Ari destaca que a legitimidade do Poder Judiciário está fundamentada no princípio da supremacia constitucional. Com efeito, ninguém discute a competência do Poder Legislativo para legislar sobre os direitos sociais; de igual modo, ninguém discute a competência do Poder Executivo para realizar ações administrativas para a prestação dos direitos sociais. No entanto, não é da competência de nenhum desses poderes decidir se garantirão ou não tais direitos, porque isto é uma determinação constitucional. Assim, sendo um órgão criado para concretizar os fins constitucionais, o Poder Judiciário está tão vinculado à Lei Fundamental quanto os demais poderes, gozando, portanto, de legitimidade para materializar tais direitos.

Na mesma direção, demonstrando a possibilidade de atuação do Poder Judiciário na concretização do conteúdo dos direitos fundamentais sociais, Andréas KRELL defende a necessidade de revisão do dogma do princípio da tripartição dos poderes, visto que as normas que definem os direitos sociais prescrevem para o Estado a realização de determinados fins ou tarefas, não constituindo apenas recomendações ou preceitos morais com eficácia jurídica meramente diretiva, mas sim, constituem direito diretamente aplicável³³. Sendo assim, os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais, como fonte de direitos e obrigações, admitem a intervenção do Poder Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.

Segundo o autor, por certo um dos maiores entraves à proteção efetiva dos direitos fundamentais no Brasil diz respeito à ultrapassada interpretação constitucional fortemente arraigada ao formalismo jurídico, vigorante há muito tempo, especialmente durante o regime autoritário e da qual não conseguem se desvencilhar a maioria dos juristas brasileiros. Essa concepção formalista dá absoluta prevalência às formas com base numa operação meramente lógica. Daí porque merece urgente revisão, sob pena de se relegar à inocuidade os direitos fundamentais consagrados no texto constitucional.

O direito constitucional existe para realizar-se.³⁴ Toda norma constitucional é dotada de eficácia jurídica, devendo ser interpretada e aplicada em busca da sua máxima efetividade. Por outro lado, promessas exageradas, sem condição de real efetivação acabam gerando um sentimento de frustração, desconfiança, servindo apenas como artifício para criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos anseios da sociedade³⁵.

De fato, quando a norma constitucional dispõe sobre o irrealizável, inexistindo condições materiais para a concretização do fim nela positivado, surge o que Luiz

32 MELLO, Cláudio Ari. *Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito*. Revista de Direito Administrativo. n. 224. abr/jun. 2001, p. 239-284.

33 KRELL, Andréas. *Realização dos Direitos Fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. Revista de Informação Legislativa. n. 36, out/dez. 1999, p. 238.

34 BARROSO, Luis Roberto. *Temas ...*, p. 83.

35 KRELL, Andréas. *Direitos Sociais ...*. Op. cit., p. 27/28.

Roberto BARROSO denomina “insinceridade normativa”³⁶ que, nada mais é do que uma forma de manipulação preponderantemente ideológica, que serve para imunizar o sistema político.

3.2. A legitimação judicial na concretização dos direitos fundamentais

Não se pode deixar de reconhecer que, ainda hoje, a interpretação jurídica se concentra nos aspectos lógico-formais, não permitindo a influência de pontos de vista valorativos. O operador jurídico ainda não se acostumou a questionar o conteúdo material das normas legais e atos administrativos, muito embora a doutrina constitucional venha enfatizando que o Estado Social preconizado na Constituição Federal de 1988 exige uma nova postura do operador do direito, com vistas a uma interpretação orientada por valores.

Está ultrapassado aquele positivismo jurídico formalista que exigia dos juízes a aplicação do direito legislado de uma maneira mecânica, lógico-dedutiva e não criativa. Hoje, o moderno Estado Social requer uma magistratura mais apta para realizar as exigências de um direito material assentado em normas éticas e políticas. Se antes, no Estado liberal, o direito dependia basicamente do legislador, hoje, no Estado Social ele não sobrevive sem o juiz.

A propósito, a doutrina constitucional alemã contemporânea tem preconizado que, no processo de tomada de decisões, não é suficiente a referência a critérios normativos, sendo imprescindível também a referência aos fatos concretos aos quais se dirige a decisão judicial, bem como ao contexto social em que a decisão está inserida. É exatamente nesse contexto que sobressai a teorização formulada Cláudio Pereira de Souza Neto que, na obra *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática* pretende demonstrar a superação de um paradigma liberal-positivista e, de outro lado, a legitimação da jurisdição constitucional através de um paradigma pós-positivista, que se destaca, principalmente, pela reinclusão da razão prática na metodologia jurídica.³⁷

36 BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro : Editora Renovar. 2002, p. 59.

37 O paradigma liberal-positivista se assenta nos seguintes postulados: i) teoria da norma constitucional: lei e constituição se identificariam, a norma constitucional seria dotada de textura fechada; a constituição seria um sistema coerente e completo; (ii) teoria da decisão: a aplicação da norma constitucional se identifica com a da norma infraconstitucional; não se pode falar em ato de decisão, mas sim meramente de ato de cognição, eis que o ato jurisdicional apenas aplicaria uma vontade pré-constituída; o magistrado é capaz de, monologicamente, fazer uma leitura racional do texto normativo, sem a interferência de seus valores e interesses pessoais; (iii) teoria da democracia segundo a qual a vontade estatal deve ser formulada pelo órgão que foi legitimado para tanto através do voto popular (parlamento); o magistrado deve se ater ao disposto no texto legal, senão restará usurpando a vontade popular. Paradigma pós-positivista que aparece marcado pelas seguintes características: (i) teoria da norma constitucional: presença dos princípios no ordenamento constitucional, e não só de regras jurídicas; estrutura aberta e fragmentada da constituição; (ii) teoria da decisão: reinserção da razão prática na metodologia jurídica, rejeitando a perspectiva positivista de que somente a observação é racional; propondo uma racionalidade dialógica, centrada não no sujeito,

Em sua construção teórica, o autor propõe um novo paradigma que, em termos de jurisdição constitucional, aparece marcado pelas seguintes características:

(i) no âmbito da teoria da norma: as normas jurídicas manifestam-se através de regras e de princípios os quais traduziriam a preocupação de que o direito seja justo, atuando, portanto, como reserva de justiça, e, por força do seu *status* predominantemente constitucional, servem como limites à atividade legislativa, bem como fornecem critérios normativos para a resolução dos casos difíceis; mitigam-se os dogmas da coerência e da completude do ordenamento jurídico; a constituição é considerada aberta e fragmentada, contendo, inclusive, dispositivos que apontam em sentidos diversos, de modo que, para concretizá-los, é necessária a utilização, por parte do magistrado, de recursos mais amplos que a mera lógica formal.

(ii) no âmbito da teoria da decisão, há a reabilitação da razão prática, não se reduzindo, no pós-positivismo, a racionalidade à observação e à descrição. De modo que a ação possa ser passível de fundamentação racional. Nesse aspecto, Dworkin ainda defende uma racionalidade centrada no sujeito, representado pela figura do juiz Hércules, ao passo que os demais autores propugnam uma racionalidade dialógica, pois, através do processo comunicativo, as pretensões normativas podem ser expostas aos argumentos e contra-argumentos. Tal processo, aliás, tem um grande potencial racional, na medida em que apenas as proposições normativas que passem pelo teste do debate público podem ser consideradas racionais. De tal sorte, o critério para aferir a veracidade da proposição normativa não é a concordância estrita entre o objeto e o enunciado, mas o consenso da comunidade à qual se dirige a proposição. Nesse ponto, a tópica confere dignidade à persuasão, já a teoria da argumentação, em especial a versão de Alexy, considera que os argumentos propostos devem ser, ao menos, pretensamente verdadeiros. Na tópica pura, a norma é apenas mais um *topos* a ser levado em conta conforme o seu potencial persuasivo, ao passo que os demais autores limitam normativamente o âmbito de atuação da razão prática. Não há, na tópica, preocupação em criar uma situação ideal para o diálogo, através da imposição de regras éticas balizadoras da interação comunicativa, como ocorre no pensamento habermasiano.

(iii) no âmbito da teoria democrática, o caráter dialógico da racionalidade prática enseja a valorização da formação de um espaço público autônomo ao aparato burocrático estatal no qual as pretensões normativas seriam objeto de intenso debate.

Por fim, a legitimação da jurisdição constitucional é obtida através de duas conclusões concomitantes, quais sejam: o ato jurisdicional não é um ato de mera vontade, mas sim um ato racionalizado dialogicamente; o princípio majoritário pode ser limitado pelo próprio procedimento democrático, notadamente para se preservar os direitos fundamentais que são condições de possibilidade para a democracia.

mas no processo argumentativo que vincula a correção das decisões judiciais ao teste do debate público; (iii) teoria democrática: propugna pelo caráter procedimental do processo democrático e pela possibilidade de limitação do princípio majoritário em nome da preservação da própria democracia. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro : Editora Renovar, 2002.

Dessarte, os tribunais constitucionais são considerados guardiões do processo deliberativo democrático.³⁸

Para que se logre uma efetiva e mais expressiva realização dos direitos sociais, torna-se imperiosa uma gradual intervenção ativa e prolongada do Poder Judiciário, integrada às ações de outros atores estatais e da sociedade civil.

Como bem registrou o professor Clèmerson Merlin CLÈVE “mais do que isso, importa hoje, para o jurista participante, sujar as mãos com a lama impregnante da prática jurídica, oferecendo, no campo da dogmática, novas soluções, novas fórmulas, novas interpretações, novas construções conceituais. Este é o grande desafio contemporâneo.”³⁹

IV. Serviço público — Um direito fundamental

4.1. Estado Social, Neoliberalismo e Direitos Fundamentais

A hermenêutica constitucional clássica atendia às exigências do Estado de matiz liberal, que pressupunha, para o seu funcionamento, a obediência ao princípio da legalidade. Aqui a ordem jurídica servia ao chamado Estado gendarme, que se limitava puramente a garantir a liberdade, a segurança e a propriedade dentro de um quadro político de Estado de Direito. Entretanto, a evolução civilizatória conduziu à superação dessa configuração original do Estado de Direito, impondo ao Estado, como forma de justificação e legitimação de seus poderes, a promoção do bem-estar concreto dos cidadãos, a supressão das desigualdades e a efetivação da dignidade humana. Nascia, assim, o Estado Social e, com ele, um crescente aumento das funções públicas para a concretização das demandas coletivas.

Todavia, o que a realidade mostrou, é que aquele Estado paternalista, multifacetário – cognominado Estado Social – acabou por revelar-se ineficiente e, portanto, incompetente para concorrer com a iniciativa privada na prestação de determinados serviços. É a crise do Estado Social que surgiu basicamente com os ventos da ideologia do Estado Neoliberal.⁴⁰

Foram vários os fatores que levaram ao Estado a uma situação de insolvência governamental que o impossibilitava de suprir as demandas da coletividade.⁴¹ No

38 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Op. cit., p. 338.

39 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo*. In: *Uma Vida Dedicada ao Direito – Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*, o Editor dos Juristas. São Paulo : RT, 1995, p.37-38.

40 A respeito do tema, vale conferir: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na Administração Pública: O Direito de Reclamação*. Rio de Janeiro : Editora Renovar, 2002, p. 130.

41 Sobre os fatores que desencadearam a crise do chamado Estado-Providência e determinaram uma nova concepção de Estado (regulador), interessante a abordagem feita por Marçal Justen Filho. JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 17 e ss.

Brasil, destacam-se o excesso de demandas sociais admitidas pelo Poder Público e a sua impossibilidade de atendê-las, a pesada carga tributária e o exagerado acúmulo de poder centralizado nas mãos do Executivo, como alguns dos obstáculos à construção do Estado preconizado na Carta Política de 1988.⁴²

A globalização econômica também tornou imperativo redefinir as funções do Estado.⁴³ Processada sem nenhum conteúdo ético, é uma globalização perversa e excludente que, eliminando as fronteiras de mercado, atinge negativamente os países em desenvolvimento, prestando-se, tão-somente, para atendimento dos interesses de países centrais.

Com efeito, nos tempos atuais, o extraordinário avanço tecnológico e científico fez surgir uma globalização excludente que, ao tempo em que aproxima alguns países numa linguagem quase universal, exclui outros. Como decorrência dos grandes progressos científicos e tecnológicos e da intervenção das grandes potências econômicas na ordem política das nações, que são obrigadas a ceder ante a tirania das finanças e dos mercados globais, assiste-se a uma globalização que se processa sem nenhum conteúdo ético. Para não sucumbirem frente aos mega-Estados (grandes macroestruturas econômicas), os chamados países em desenvolvimento têm sua ordem jurídica sacrificada: a ética que antes visava a busca do bem humano cede espaço agora à ética do lucro, que gera opressão e exclusão de pessoas e grupos.⁴⁴

Quanto aos efeitos da globalização na redefinição das funções estatais é oportuna a observação de José Eduardo FARIA: “Se a conversão das economias nacionais num sistema mundial está conduzindo ao redimensionamento do princípio da soberania nacional, qual o futuro das Constituições-dirigentes, aquelas que, além de consistirem num estatuto organizatório definidor de competências e regulador de processos, atuam também como uma espécie de estatuto político dos Estados intervencionistas, estabelecendo o que (como e quando) o legislador e os governantes devem fazer para a concretização das diretrizes programáticas constitucionais?”⁴⁵

Como decorrência da crise fiscal que se instalou no Brasil, impôs-se a necessidade de um novo modelo de gestão administrativa, que visa a eficiência e qualidade dos serviços a serem prestados. Fez-se imperiosa uma revisão do modelo de administração pública, mais voltada para não apenas para os resultados, mas, também para os processos de controle. É a mudança para o modelo gerencial de Administração Pública, em substituição ao modelo burocrático (que enfatiza a legalidade e a racionalidade).⁴⁶

42 SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Idem*, *ibidem*.

43 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Crise Econômica e Reforma do Estado no Brasil: para uma nova interpretação da América Latina*. São Paulo : Editora 34, 1996, p. 269-270.

44 Sobre os reflexos negativos da globalização da economia, a chamada globalização perversa, vale conferir os apontamentos de Milton Santos. SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 5. ed. Rio de Janeiro : Editora Record, 2001.

45 FARIA, José Eduardo. *Direito e Globalização Econômica*. São Paulo : Malheiros Editores, 1996, p. 5.

46 Em apertadíssima síntese, estes eram os propósitos da chamada reforma administrativa. As transformações operadas na sociedade acabam por transformar também o Estado e, por consequên-

Enfim, uma nova concepção de Estado passou a se estabelecer na pauta das discussões políticas, econômicas e jurídicas. Um Estado que tem seu papel redefinido, com redução da sua atuação direta, tanto na realização dos direitos sociais no plano que caracterizou o Estado de bem-estar, quanto na intervenção econômica.

Ocorre que, na onda das políticas neoliberais, as funções estatais, agora identificadas como gestão e regulação, revelam-se muito distantes dos fins que legitimam a existência do aparelho estatal — a promoção do bem-comum.

É nesse contexto que o estudo do serviço público assume grande relevância, mormente em se considerando que a lógica da globalização econômica, ditada pelas regras hegemônicas do mercado internacional, implica uma redução, senão eliminação dos direitos sociais constitucionalmente consagrados. Com efeito, países do capitalismo periférico como o nosso, seduzidos pela onda neoliberal que propõe o encolhimento radical do Estado, são levados ao aprofundamento da desigualdade e à formação de uma classe de excluídos. Ocorre que estes indivíduos, que fazem parte de uma imensa gama de excluídos, sem a intervenção estatal, decididamente não têm condições de sobreviver.

É aí que surge uma crise de legitimação. Ora, é certo que um Estado que não consegue financiar a satisfação das necessidades coletivas, se deslegitima perante a coletividade.⁴⁷ Passa-se a conviver com o que Boaventura de Souza SANTOS denomina “Estado paralelo”, assim descrito: “ o Estado compromete-se formalmente com um certo padrão de legalidade e de regulação social, mas descompromete-se dele, na prática, por omissão ou vias informais”.⁴⁸

4.2. O direito fundamental ao serviço público

Das considerações até aqui alinhavadas acerca dos direitos fundamentais, percebe-se que a atividade administrativa de prestação de serviços públicos está intimamente ligada com os postulados constitucionais.

A Constituição de 1988 privilegia o perfil de uma Administração ativa — serviços públicos, obras públicas, exploração estatal da atividade econômica, poder de polícia —, operacionalizada por um complexo de órgãos e pessoas jurídicas. Mas

cia, implicam na necessidade de uma revisão nas questões referentes ao trato da coisa pública. Surge, então, um novo diálogo, onde a sociedade vem colocada num primeiro plano, sobressaindo idéias de eficiência, ética e transparência na atuação administrativa, onde o indivíduo, que antes era encarado apenas como súdito, passa a ser cidadão. É o fim do Estado hegeliano, onde o poder era concentrado, dirigista, voltado à competição bélica e às promessas ideológicas. Nascia um novo Estado, onde o poder recebe novo tratamento, tendendo a ser desconcentrado, flexível, menos oneroso e desmonopolizado. Sobre os planos em que a reforma administrativa provocada pela Emenda Constitucional nº 19/98, vale conferir: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apostamentos sobre a reforma administrativa*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999.

47 SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Op. cit., p. 132-133.

48 SANTOS, Boaventura de Souza. Onze teses por ocasião de mais uma descoberta de Portugal; *O Estado e os modos de produção do poder social*. In: *Pela Mão de Alice. O Social e o Político na pós-modernidade*. 4 ed. Porto Alegre: Ed. Afrontamento, 1995, p. 63.

a Constituição também privilegia uma Administração controlável e calcada na participação dos cidadãos — controle interno e externo, princípios constitucionais, licitação, concessões e permissões, ampla defesa e contraditório no processo administrativo.

É uma Constituição marcadamente dirigente que, timbrada pela preocupação com a democracia, com os direitos humanos e com a justiça social, delimita os fins públicos a serem alcançados, condicionando os poderes a atuar na direção eleita pelo constituinte, notadamente em campos como os da educação, saúde, cultura e realização de valores como a justiça material e os direitos a ela inerentes.⁴⁹

No Estado liberal, que consagrou o paradigma do Estado Legislativo (Carl SCHIMITT) a grande, senão única, tarefa estatal era propiciar, sob a égide de leis gerais, condições de segurança aos indivíduos. Já no Estado Social, houve grande alargamento do papel do Poder Público no atendimento das demandas coletivas, ou seja, no oferecimento dos serviços públicos.

Já há muito tempo, nas nações mais desenvolvidas, floresceu a idéia de que o desenvolvimento passava, necessariamente, pelo caminho da privatização, que trazia consigo vantagens como, a redução da hipertrofia do Estado, ampliação da receita governamental, o crescimento ou o desenvolvimento de mercados de capital, onde os mesmos não existiam e o estímulo a investimentos estrangeiros.

Com efeito, o agigantamento do Estado moderno, caracterizado pela multiplicação das finalidades que lhe foram reconhecidas como próprias e pela intensificação dos seus poderes, fez proliferar uma generalizada convicção de que se tornara um Estado muito grande, com notória incapacidade no atendimento das demandas coletivas. A partir daí, desenvolveram-se teorias, como a preconizada por Gaspar Ariño Ortiz, de um Estado mínimo, perfeitamente articulado com a ideologia neoliberal.⁵⁰

O espanhol, apontado como o precursor de um novo modelo de serviço público, formula uma construção que busca evidenciar a falência do serviço público na sua configuração tradicional — prestações materiais dirigidas aos cidadãos para atendimento das necessidades coletivas ou satisfação de comodidades, realizadas pelo próprio Estado, sob um regime jurídico de direito público. Assim, diante do excesso de demandas estatais que não mais podiam ser supridas em função da notória incapacidade do Estado (estrutural, operacional e econômica), Ariño ORTIZ afirma que o velho conceito de serviço público já não mais se mostra adequado para atender as necessidades e preferências da população a que se destina.

Formulando o que concebe ser um novo conceito de serviço público, Ariño ORTIZ aponta os princípios inspiradores, quais sejam: a passagem de um sistema de (i) titularidade pública sobre a atividade; (ii) concessões fechadas; (iii) direitos de exclusividade; (iv) obrigações de fornecimento; (v) preços administrativamente fixados; (vi) caráter temporal (com reversão/resgate em todo o caso) e (vii) regulação

49 BARROSO, Luís Roberto. *Temas*, p. 12.

50 Essa teorização do jurista espanhol é apresentada na obra: ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico, Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. Granada : Comares Editorial, 1999.

total da atividade, nos mínimos detalhes; para um sistema aberto presidido pela (i) liberdade de empresa; (ii) presença de obrigações ou determinadas cargas de serviço público; (iii) liberdade de preços e modalidades de prestação e liberdade de inversão e amortização e (iv) regime de competição aberta, como qualquer outra atividade comercial ou industrial, em que se há de lutar pelo cliente.

Nessa perspectiva, as aspirações da sociedade, independentemente da sua natureza ou da finalidade a que estejam vinculadas, são transformadas em mercadoria, por consequência, a satisfação das necessidades coletivas é transferida para o mercado. É a lógica do mercado (do lucro) que passa a regular a atividade estatal, em substituição à lógica da supremacia do interesse público.

Analisando a evolução operada no conceito de serviço público, interessante é a crítica formulada por Maria Cristina César de Oliveira DOURADO à concepção de Estado mínimo difundida pela ideologia neoliberal, onde dificilmente teriam lugar os serviços públicos tradicionais. Nessa ótica, assinala a administrativista paraense, “o dever-poder do Estado de garantir a efetividade de direitos essenciais e fundamentais é transferido para o ‘soberano privado supra-estatal e difuso’ que passa a ditar as regras de convívio social legitimado numa eficácia técnico-produtiva, como afirma Juan Ramón CAPELLA.”⁵¹

Toda essa teorização, que se revela absolutamente descompromissada com os postulados da igualdade, da solidariedade, da dignidade da pessoa humana e da justiça social, sob os quais se assenta o Estado Democrático de Direito, não leva em consideração a real dimensão dos serviços públicos e o papel que exercem na realização dos direitos fundamentais. Esse papel ganha ainda maiores dimensões, em se considerando países como o Brasil, cujas aterradoras estatísticas de desigualdade social, evidenciam uma imensa gama de excluídos que não atingiram um nível de vida minimamente compatível com as condições de dignidade humana.

Geraldo Ataliba já afirmava que, embora não existindo uma “definição ecumênica de serviço público, há indicadores na Constituição, revelados pela doutrina e pela jurisprudência, que são as balizas que permitem ao intérprete, em cada caso, saber se está diante de serviço público ou não.”⁵²

Analisando as balizas apontadas pela Constituição Federal para a delimitação do serviço público, embora reconhecendo a inexistência de um conceito universal de serviço público, Romeu Felipe BACELLAR FILHO⁵³ vislumbra a possibilidade de identificação de um núcleo rígido, mínimo e fundamental, como parâmetro para uma conceituação que atenda a todas as aspirações.

51 DOURADO, Maria Cristina César de Oliveira. *O repensar do conceito de serviço público*. In: Interesse Público. n. 9, Porto Alegre : Editora Notadez, 2001, p. 91.

52 ATALIBA, Geraldo. *Empresas estatais e regime administrativo: serviço público — inexistência de concessão — delegação — proteção de interesse público*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo. vol. 4, 1963, p. 61.

53 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços Públicos e Direitos Fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira*. Revista de Interesse Público. n. 16, out/dez de 2002, Porto Alegre: Editora Notadez, 2002, p. 13-22.

Assim, considerando-se que a cidadania e a dignidade da pessoa humana foram elevadas a fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, da Constituição Federal de 1988), Bacellar Filho leciona que o interesse perseguido no exercício da função estatal encontra seu princípio e fim no interesse próprio dos cidadãos, tanto numa perspectiva individual quanto coletiva. E conclui que, “constituindo a Administração Pública aparelhamento do Estado voltado, por excelência, à satisfação das necessidades coletivas, a legitimidade do Estado-Administração depende da sua eficiência na prestação dos serviços essenciais para a proteção dos direitos fundamentais.”⁵⁴

Com amparo nas considerações alinhavadas por Bacellar Filho retome-se a clássica definição de serviço público cunhada por Léon DUGUIT que concebia os serviços públicos como aqueles indispensáveis à interdependência social, de tal modo que não poderiam ser prestados sem a intervenção da força governante. JÈZE formulou um conceito segundo o qual o serviço público era um processo técnico para a satisfação de interesses gerais, submetido a um regime jurídico especial de prerrogativas de autoridade.⁵⁵

Para Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, “serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestados pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público — portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais —, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.”⁵⁶

Perceba-se que, na consagrada formulação do administrativista pátrio, a noção de serviço público é composta, necessariamente, por dois elementos caracterizadores: um substrato material (atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos particulares) e outro, substrato formal (regime jurídico de direito público).⁵⁷

Analisando as formulações acima expendidas, fácil perceber que o serviço público exerce uma função instrumental em relação aos direitos fundamentais. Em verdade, revela-se um instrumento que possibilita a efetiva concretização dos direitos fundamentais e, em última medida, a concretização do valor máximo do sistema jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana.

Diante do contido no artigo 175, inciso IV, da Constituição Federal, a doutrina administrativista tem se encaminhado no sentido de reconhecer o direito ao serviço adequado, como direito de exigir do Estado a realização de prestações positivas, para a satisfação de necessidades reputadas essenciais para o indivíduo ou para a coletividade.⁵⁸

54 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Op. cit., p. 14.

55 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Idem, p. 15.

56 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 575.

57 BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. Op. cit., p. 577.

58 Nessa linha posicionam-se ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. *Estudos sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 32; DALLARI, Adilson

Nesse sentido, evidenciado o serviço público como um direito do cidadão que se assenta no correspondente dever do Estado prestá-lo para a satisfação de um direito fundamental, fica aquele investido de um poder jurídico de exigir prontamente a sua prestação, via Poder Judiciário, sempre que verificada a omissão estatal ou mesmo a sua ineficiência. A exigibilidade da conduta do Poder Público não está no enunciado da norma legal, mas sim no programa governamental por ela estabelecido, o que significa que é impositiva a busca dos meios idôneos a implementar os objetivos nela definidos. A ineficiência na realização desse mister sujeita o Poder Público à sindicabilidade de seus atos e omissões e à responsabilização de seus agentes.⁵⁹

Entretanto, a maior dificuldade é quando o Poder Público se mantém inerte, seja não instalando os serviços públicos ou quando estes funcionam precariamente. Isso se dá, por exemplo, quanto ao direito fundamental social à educação. Não se trata de norma meramente programática. É um dever do Estado (arts. 205, 208, § 1º, da CF) e um direito público subjetivo do cidadão, de modo que a sua não prestação importa em responsabilidade da autoridade competente pela instalação do serviço (art. 208, § 2º).

O mesmo se dá quanto ao direito à saúde, muito embora aqui o constituinte não tenha expressamente assentado que se trate de direito subjetivo público, nem quanto à responsabilização do agente público nos casos de falta ou de insuficiência do serviço.

O certo é que, ante o meu funcionamento dos serviços públicos essenciais para o bem-estar da população, o Poder Público deve implementar políticas públicas protetivas de determinadas categorias sociais marginalizadas e economicamente excluídas. Essas políticas demandam o gerenciamento do Estado, com vistas à criação de mecanismos de prestação efetiva e positiva de atividades que assegurem a existência de condições dignas de vida.

Estes mecanismos se destinam à satisfação concreta dos chamados direitos de crédito (direito à saúde, à educação, à moradia, à alimentação etc) referidos por Clèmerson Merlin Clève, sem os quais tais direitos não passariam de letra morta. Com efeito, “não basta ser afirmada juridicamente uma liberdade. O uso desta pressupõe a capacidade para gozá-la. O direito de livre expressão pressupõe a capacidade de exteriorização e de organização dos recursos intelectuais; (...) os direitos de crédito são o solo sobre o qual floresce a capacidade, complemento indispensável das liberdades no e contra o Estado.”⁶⁰

Abreu. *Direito ao uso dos serviços públicos*. Revista Trimestral de Direito Público, n. 13, São Paulo, 1996, p. 215 e também KRELL, Andréas. *Direitos sociais ...*, p. 31 e ss.

⁵⁹ KRELL, Adreas. *Idem*, *ibidem*.

⁶⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p. 125-127.

V. Conclusões

1. O Estado Democrático de Direito sobrepôs o governo das leis ao governo dos homens, revelando um modelo de constitucionalismo que visa a proteção de direitos fundamentais inteiramente afinado com o Estado de Direito.⁶¹ A positivação dos direitos fundamentais revela-se uma das maiores conquistas da humanidade na luta contra a tirania e o poder irresponsável.

2. A problemática suscitada quanto aos direitos fundamentais sociais é resolvida mediante o princípio da supremacia constitucional, sobre o qual se assenta a legitimidade do Poder Judiciário para a concretização efetiva dos direitos fundamentais sociais. Com efeito, todos os poderes estão vinculados aos mandamentos constitucionais, que impõem a sua observância (e concretização), como verdadeiros mandatos soberanos.

Os direitos fundamentais sociais, a exemplo dos direitos fundamentais clássicos, constituem direito diretamente aplicável. No entanto, para sua máxima efetivação, necessitam de uma dogmática constitucional que dê conta da sua especificidade. A Lei Fundamental de 1988 revela um Estado comprometido com uma sociedade emancipada e igualitária, cujas finalidades estão atreladas à garantia de uma vida digna a todos os cidadãos. Assim, imperativos de justiça material impõem a superação de um formalismo exageradamente dogmatista como condição de tornar efetivos e eficazes os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.

3. O serviço público é uma das garantias constitucionais de realização dos direitos fundamentais. Sendo uma função estatal atribuída à Administração Pública, correspondente ao oferecimento de uma prestação positiva concreta tendente à satisfação das necessidades fundamentais do cidadão, o serviço público constitui um importante instrumento de concretização dos direitos fundamentais e, como tal, é tarefa inafastável do Estado, mormente diante da idéia de um Estado Democrático e Social de Direito que a Constituição Federal de 1988 faz expargir.

4. A consagração dos direitos fundamentais na ordem constitucional foi uma grande conquista da humanidade. Mas conquista maior será conseguir ultrapassar a distância que separa a norma (dever-ser) da realidade social (ser). Daí a necessidade de uma dogmática constitucional emancipatória, pós-positivista e principiológica, que tenha como centro o ser humano e onde a lei é feita para assegurar os direitos fundamentais. Uma dogmática que se apresenta para a construção de um mundo novo, mais ético, justo e solidário.

61 Como assinala Clèmerson Merlin CLÈVE, “O Estado de Democrático de Direito mais do que um Estado de Direito. É um Estado de Justiça”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit.,45.