



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO
Campus de Jacarezinho

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

THIAGO CESAR GIAZZI

DA REPERSONALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS:

Dignidade da Pessoa Humana e Interesse Social

JACAREZINHO - PR

2017

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ - UENP
FACULDADE DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

DA REPERSONALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS:

Dignidade da Pessoa Humana e Interesse Social

THIAGO CESAR GIAZZI

Orientador Prof. Dr. Jaime Domingues Brito

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Jaime Domingues Brito

Prof. Dr. Maurício Gonçalves Saliba

Prof. Pós-Doutor Jorge Sobral da Silva Maia

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

THIAGO CESAR GIAZZI

DA REPERSONALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS:

Dignidade da Pessoa Humana e Interesse Social

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu, na modalidade de Mestrado, em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) como parte dos requisitos para a obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Jaime Domingues Brito

JACAREZINHO - PR

2017

AGRADECIMENTOS

Apreendi, desde cedo, a frase “em tudo dai graças a Deus”. A cada dia tenho aprendido um novo significado para tal frase em minha vida, portanto, inicio agradecendo a Deus, por todo suporte familiar e de pessoas que conviveram comigo e, com isso, compartilharam fatos e fatores que me proporcionaram ter condições para a realização do mestrado e desta pesquisa. Tributo a Deus minhas palavras e pensamentos aqui expostos.

Agradeço aos meus pais e familiares, pelas vezes em que se preocuparam comigo e garantiram estrutura para meus estudos e produções. Amo todos vocês!

Agradeço a todos os professores que tive desde a mais tenra idade. Tenho lembrança dos ensinamentos de vários deles e sei que foram importantes para a minha educação e construção. Para não nomear a todos, represento na Tia Fernanda o meu primário (que sempre que a encontro faz questão de se esconder para não ver o quanto que estou crescendo), no Prof. Donizete meu ensino fundamental II (que me recordo com muito carinho da preocupação que ele tinha com a qualidade de meu aprendizado), na Prof. Kátia meu ensino médio (que sempre me olhou como um filho, sorrindo pelas minhas conquistas e esbanjando sabedoria e amor), na Prof. Vilma minha graduação (que mais tarde tornou-se minha chefe, me ensinando ainda mais), no Prof. Marquesi minha especialização (que dividiu seu tempo como meu orientador em várias oportunidades – nunca dividiu suas cocas-zero) e no Prof. Edinilson este mestrado (por ter sido presente desde as primeiras aulas até o final dos créditos, em aconselhamentos e divisão de experiências).

Aos meus colegas de trabalho e amigos pessoais, que dividiram parte de seus tempos comigo, tornando mais leve o alcance deste resultado. Faço-os representados na pessoa do Bruno, por ter uma convivência quase que diária, dividindo expectativas e experiências e, sem dúvidas, ser mais grisalho que os demais, demonstrando mais sabedoria.

Pelas horas compartilhadas em viagens para a capital do norte pioneiro, agradeço a Emmanuella, foi importante.

A Aline, agradeço por ser sempre fonte de inspiração com sua determinação. Por ter, também, dividido muitas horas em viagens e algumas pizzas jacarezinhenses. Pela leitura que fez em meu trabalho e pelos conselhos dados e livros emprestados utilizados como base teórica. Espero ter lhe dado orgulho, amiga.

Agradeço a Maria Cristina, que realizou revisão ortográfica no texto em pré-qualificação. Você é inspiradora, Cris! Sou grato por ter te conhecido e por dividir o ambiente de trabalho contigo. Muito obrigado!

Agradeço muito a Ana Paula. Seus conselhos e discussões sobre a matéria são anteriores a este próprio trabalho e nele, alguns, foram consolidados e produziram frutos. Obrigado por ter lido o “trem” e me ajudar sempre que precisei.

Agradeço ao Ivo, que um dia se prontificou a me custear um mestrado privado, levando-me a caprichar na preparação para a seleção deste programa, pois tenho certeza que eu não conseguiria custear os juros que seu DNA o faria aplicar. Brincadeiras à parte, sou muito grato pelo incentivo e pela disposição.

Ao corpo docente do programa do mestrado e ao seu coordenador Fernando Alves de Brito, por dividir seus conhecimentos e me desafiar a ser uma pessoa melhor. Foram dias memoráveis! Agradeço, em especial, aos professores que tive uma maior convivência: Jaime, Edinilson, Renato, Luiz Fernando, Tiago, Vladimir, Ilton e Valter. Todos vocês somaram em minha vida com suas características. Muito Obrigado!

Muito obrigado a toda a minha turma XIII, vocês foram e são demais! Cada um marcou com uma característica própria, tornando o ambiente um mix de ideais a serem defendidos. Especialmente agradeço àqueles colegas que, pelos fatores inexplicáveis, tornaram-se amigos e dividiram sentimentos e sensações comigo, representados na Brunna e na Ana Luiza. Melhores pessoas!

Este próximo agradecimento é especial, pois, sem ela, sequer a minha inscrição teria se consolidado. Muito obrigado, Maria Natalina, nossa “Nat”, por estar sempre presente, ser tão organizada e dedicada. É muito inspirador e amável ver o modo como conduz a secretaria do programa. Obrigado por todo o carinho durante este tempo. Não haveria nenhuma pesquisa sem você!

Agradeço ao meu Orientador, Prof. Dr. Jaime Domingues Brito, por toda a gentileza no processo de orientação. Pelas objetivas e contundentes inserções, cuja precisão na indicação de autores e obras para a pesquisa demonstrou a grandeza de sua sabedoria. Obrigado pela parcialidade, professor. Sou orgulhoso de ser teu orientando e estou orgulhoso por nossa pesquisa ter tomado forma.

Agradeço, também, à prof. Ana Cláudia, que compartilhou conhecimentos sobre a dignidade da pessoa humana e proporcionou discussões que me fizeram amadurecer a temática deste trabalho.

Agradeço à Faculdade Catuaí, representando todos os professores, alunos, funcionários, chefes e mantenedores. Agradeço pela confiança ao me atribuir a coordenação do curso de Direito. Foi pelos alunos que nela estudam que busquei o aprimoramento e continuarei buscando. Espero que o futuro de todos os envolvidos seja pleno.

Por fim, para fechar meus agradecimentos com romantismo, agradeço à Patrícia que chamo de “Amor” para não criar confusão na interpretação de sua leitura (nunca a chamo de Patrícia, é estranho até para escrever). Seu sorriso e olhar tem sido minha força motriz. Obrigado por compartilhar e me apoiar na realização da pesquisa.

Obrigado pela leitura do trabalho. Obrigado por demonstrar, com suas atitudes, que todo este trabalho pode gerar bons frutos. Se tem algo que me fez feliz em escrever este texto, foi ver o seu orgulho pela realização e sua inspiração para decisões que farão a tua história. Obrigado, Vida! Você é, além de linda, demais!

Obrigado a todos os que debruçaram tempo para a leitura desta obra.

Dedico este trabalho ao meu pai - Sergio - e a minha mãe – Sueli - que merecem ser tratados como as pessoas humanas concretamente consideradas que são, com todo o valor intrínseco de pessoa e com todo o sentimento que cada um possui. Se não fosse este conjunto de erros e acertos, de risos e choros, de amor transbordante, eu não teria meus valores e não os expressaria neste texto.

ZELO (Leguatirana)

Você que é grande,

Cuide de minha pequenez,

Meu coração.

GLIAZZI, Thiago Cesar. **Da Repersonalização das Políticas Públicas: Dignidade da Pessoa Humana e Interesse Social**. 2017. 157 fls. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, *campus* de Jacarezinho.

RESUMO

O propósito desta pesquisa é demonstrar, utilizando de método hipotético-dedutivo, pautando-se em revisão bibliográfica e de outras produções científicas reconhecidas sobre a temática, que os entes estatais, especialmente aqueles envolvidos com o desenvolvimento e implementações das políticas públicas em sua esfera de planejamento, atividade e normatização, devem cumprir os preceitos fundamentais dispostos na Constituição Federal, atuando de modo a atender e acomodar a dignidade da pessoa humana, estando intrínseco ao próprio conceito a consideração do sujeito de modo concreto e não somente uma parte de um todo. Com a Constituição Federal de 1988 e a estruturação de um Ordenamento Jurídico democrático, normas jurídicas principiológicas irradiam seus efeitos em todas as gamas jurídicas possíveis, impondo ao particular e ao público seus cumprimentos e observância, elencando como objetivo do Estado a promoção de uma sociedade digna, justa e solidária. Portanto, necessária a repersonalização das políticas públicas, sendo estas o principal meio do Estado realizar sua designação de atendimento dos direitos fundamentais sociais, proporcionando condições de igualdade material, de democracia, de autonomia, de desenvolvimento a todos os sujeitos sob sua tutela. Consiste repersonalizar as políticas públicas, a imposição de uma interpretação conforme os princípios constitucionais, não considerados apenas normas programáticas, mas direito de eficácia plena, vinculando todas as ações de particulares e entes privados. Sob este aspecto, a discricionariedade administrativa está vinculada a obedecer a implementação da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, assim como o interesse público não pode desconsiderar o sujeito concreto, mas promover uma tutela altera.

PALAVRAS-CHAVES: Dignidade da Pessoa Humana. Direitos Fundamentais Sociais. Políticas Públicas. Discricionariedade Administrativa. Repersonalização.

GIAZZI, Thiago Cesar. **Re-personalization of Public Policies: Dignity of the human person and social interest.** 2017. 157 fls. Dissertation (Master in Legal Science) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Campus Jacarezinho.

ABSTRACT

The purpose of this research is to demonstrate, using a hypothetical-deductive method, based on bibliographic review and other scientific productions recognized on the subject, that State entities, especially those involved with the development and implementation of public policies in their planning field's, activity and normalization, must comply with the fundamental precepts set forth in the Federal Constitution, acting in order to meet and accommodate the dignity of the human person, being intrinsic to the concept itself the consideration of the subject in a concrete way and not only a part of a whole. With the 1988 Federal Constitution and the structuring of a democratic legal system, legal norms of principle radiate their effects in all possible legal ranges, imposing on the private and the public their compliments and observance, listing as the State's objective the promotion of a decent society, legal and solidary. Therefore, it is necessary to re-personalize public policies, which are the main means of the State to carry out its designation of compliance with fundamental social rights, providing conditions of material equality, democracy, autonomy, development to all subjects under its tutelage. It is a matter of re-personalizing public policies to impose an interpretation according to constitutional principles, not only considered programmatic norms, but a right of full efficacy, binding all actions of individuals and private entities. In this regard, administrative discretion is bound to obey the implementation of the dignity of the human person and fundamental rights, just as the public interest can not disregard the concrete subject, but promote a guardianship changes.

Keywords: Dignity of human person. Fundamental Social Rights. Public policy. Administrative Discretionary. Repersonalization.

SUMÁRIO

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	12
2 A REPERSONALIZAÇÃO COMO EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: A PESSOA COMO NÚCLEO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	16
2.1 O enfoque lógico-jurídico de investigação da pessoa humana	17
2.1.1 A concepção de pessoa em si e em no contexto relacional com o outro	19
2.2 O valor jurídico da pessoa humana e sua proteção jurídica	25
2.2.1 A noção de valor e sua aplicação à pessoa singular.....	26
2.2.2 O paradigma kantiano da dignidade humana.....	28
2.2.3 Do valor intrínseco da pessoa humana	34
2.2.4 Da dignidade da pessoa humana: aspectos conceituais.....	37
2.2.5 Do conteúdo e dimensões da dignidade da pessoa humana	43
2.3 Da normatização da pessoa enquanto sujeito de direitos: da valoração da personalidade.....	51
2.3.1 Do conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana.....	52
2.3.2 Da pessoa enquanto sujeito de direito: o início da personalidade.....	57
3 AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	62
3.1 A construção histórica dos direitos fundamentais	63
3.1.1 A organização didático-histórica das dimensões de direitos fundamentais.....	67
3.2 O resultado da construção histórica: conceito de direitos fundamentais ...	71
3.2.1 Características dos direitos fundamentais.....	73
3.2.2 Titularidade e oponibilidade dos direitos fundamentais	76
3.3 Os direitos sociais como objetos das políticas públicas: contexto, conceito e conteúdo	79
3.3.1 Os direitos sociais e o mínimo existencial	84
3.4 As políticas públicas como efetivadoras de direitos sociais	89
3.4.1 Contextualização constitucional das políticas públicas como objeto do Direito Administrativo.....	91
3.4.2 O aspecto jurídico de políticas públicas: o estabelecimento da atuação do Direito no tratamento da temática	93

3.4.3. Os objetos vinculados das políticas públicas	102
4 A REPERSONALIZAÇÃO COMO CONSEQUÊNCIA DA OBSERVÂNCIA DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS NA FORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	105
4.1 Da dignidade da pessoa humana como norma repersonalizadora e limitadora da discricionariedade administrativa	106
4.1.1 A limitação da discricionariedade administrativa na elaboração de políticas públicas	111
4.2 A superação da supremacia do interesse público pela supremacia do interesse constitucional na tratativa de políticas públicas e direitos sociais .	117
4.3 Do papel do Judiciário no controle das políticas públicas: os precedentes e a reserva do possível	126
4.3.1 Contexto socioeconômico brasileiro e a necessidade de políticas públicas para promoção de direitos fundamentais sociais.....	127
4.3.2 O controle judicial sobre o ciclo de políticas públicas.....	130
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	142
REFERÊNCIAS.....	147

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O texto trata do problema do mal emprego da discricionariedade administrativa na aplicação das políticas públicas, principalmente quanto a priorização de agendamento face ao interesse público e à concretização do princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana.

Com o advento do Estado Democrático de Direito, tornou-se questionável o poder do governante em realizar o juízo de mérito administrativo para implementar, omitir ou retirar uma política pública prestacional de direitos sociais em razão da indisponibilidade de direitos fundamentais que vincula o Estado. O que outrora estava fundamentado em um argumento de supremacia do interesse público, demonstra-se, sob o prisma da vontade democrática disposta na Constituição Federal e expressa na efetivação da dignidade da pessoa humana, como ato arbitrário do poder público realizado apenas por vontade política.

Na elaboração de políticas públicas não deveria ser permitida a supressão de atividades prestacionais do Estado para concretização de direitos sociais veiculadas às pessoas concretamente consideradas em razão de direcionamento da estrutura pública para políticas, por exemplo, de desenvolvimento econômico e industrial, de embelezamento de cidades, de fomentação de comércio, sobretudo pela vontade democrática expressa constitucionalmente em aferir limites ao Estado em sua atuação.

A hipótese para correção estrutural da atuação governamental nas políticas públicas apresentada pelo texto é um redirecionamento do núcleo da vontade administrativa. Busca-se retirar da expressão meramente argumentativa “interesse público”, face a inexistência de parâmetros constitucionais para o seu conteúdo o que acaba por emergir ações arbitrárias travestidas de sociais, e realocá-la para os princípios constitucionais fundamentais, sobretudo o da dignidade da pessoa humana, o que, por destrinchar seu conteúdo, pode ser denominado como uma repersonalização das políticas públicas.

Para o alcance da hipótese pretendida, apresentam-se como objetivos a investigação da dignidade da pessoa humana enquanto valor e princípio constitucional fundamental, a tratativa e contextualização dos direitos sociais e sua instrumentalidade pelas políticas públicas e, derradeiramente, a síntese da limitação

da vontade administrativa no tocante às políticas públicas e seu direcionamento como efetivadora da dignidade da pessoa concretamente considerada.

Enquanto foco na dignidade da pessoa humana, objetiva-se demonstrar seu conteúdo, dimensões e substratos, vez que ao elencá-lo como princípio constitucional fundamental, o Constituinte apresentou a pessoa humana em concreto como núcleo da tutela jurídica, o que deve alcançar e vincular a vontade do Administrador Público na temática de políticas públicas.

Para respeitar a dedutividade do método em busca de concretização da hipótese, enfrenta-se a pesquisa sobre os direitos fundamentais e seu papel histórico construído como limitador do governo, dos quais são destacados os direitos sociais como prestações obrigatórias estatais e as políticas públicas como seus instrumentos de execução pelo Estado.

A síntese e ápice da pesquisa é concretizada ao permitir, juntados os elementos trabalhados nos objetivos fundadores, a releitura do papel do Administrador Público em possuir o dever de priorizar a implementação de políticas públicas que instrumentalizem os direitos sociais em uma esfera personalíssima em razão da repersonalização propiciada pelo dever de promoção da dignidade da pessoa humana, retirando a liberdade discricionária e o conteúdo arbitrário de sua vontade quando fundada apenas em uma locução performática como a supremacia do interesse público.

Sob um prisma tridimensional onde analisa-se a estrutura fática, jurídico-normativa e elementos axiológicos de razoabilidade, a função político-jurídica do Estado está incumbida de resolver as demandas sociais por direitos reconhecidos, assumindo a responsabilidade de não intervir em interesses de autonomia privada e nos demais interesses constitucionalmente protegidos e, ao mesmo tempo, proporcionar condições de um equilíbrio e esclarecimento entre todos os sujeitos sob sua tutela.

Vislumbra-se promover um juízo de valor sobre o modo que o Estado deve se instrumentalizar para o desenvolvimento de sua responsabilidade, está construída esta pesquisa com o foco no respeito à pessoa concreta e ao interesse social pautado pelos princípios constitucionalmente positivados, a fim de demonstrar que para o direito contemporâneo, enraizado num contexto pós-positivista e neoconstitucionalista, nos quais os termos constitucionais são ampliados e permeáveis para uma interpretação que possibilite o alcance a todos os sujeitos,

demonstra-se a dignidade da pessoa humana em seus mais variáveis espectros como vetor de interpretação e construção de uma teoria jurídica democrática, justa, que vincula a atividade política.

Para tanto, busca se distanciar do lugar comum de interpretações e aplicações jurídicas ligadas à dignidade da pessoa humana, no qual o conceito principiológico aparece sem concretude e amparo fático. Trata-se de pormenorizar os termos ligados a tal valor-fonte do direito e penetra-se nos termos que aglutinados formam o conceito de pessoa humana.

Inicia-se por um capítulo que trata da concepção fática de pessoa humana e sua relevância nuclear para as políticas públicas. Considera-se a pessoa em razão da concentração de caracteres individualizantes a serem tratados em si e em relação ao outro que lhe cerca, sem a desqualificação quanto a humanidade em relação aos seus aspectos ontológicos naturais, passíveis de instintos, falhas, sentimentos e sensações que, pela imperfeição à racionalidade, caracteriza a todos.

Elenca-se como dimensão axiológica a própria dignidade, considerada um valor designado para aquilo a que não se pode atribuir precificação ou ser objeto de utilização instrumental. Apresentar-se facetas de sua existência e substratos de concretização de seu conteúdo, o que a torna um conceito sólido, expansivo, que é expressão da valoração da pessoa humana concretamente considerada em todos os seus aspectos.

O capítulo seguinte apresenta a premissa da proteção jurídica fundamental que deve ser imposta a todos os entes privados e estatais, exposta nos direitos fundamentais, com seu fundamento histórico e conceitual, extraído destes os direitos sociais, por serem expressão do dever prestacional do Estado e culminando nas políticas públicas como instrumentos de efetivação.

A abordagem demonstra a titularidade, oponibilidade e as dimensões dos direitos fundamentais, sendo ligadas aos mesmos substratos da dignidade da pessoa humana por serem conceitos complementares, dialéticos e autopoieticos.

Especificam-se em direitos fundamentais ligados à liberdade e direitos políticos, direitos fundamentais ligados à igualdade de condições e direitos socioculturais e direitos fundamentais ligados a interesses coletivos, além das demais dimensões promovidas pela doutrina.

Para o recorte escolhido, serão extraídos os direitos sociais, representantes da segunda dimensão de direitos fundamentais, que se apresentam no contexto

histórico, conceitual e contedúístico, pois possuem ligação objetiva com as políticas públicas estatais, sendo tratados como fonte material para seus desenvolvimentos.

Na tratativa de políticas públicas, consistem num conjunto de ações para o alcance das metas governamentais que, por sua vez, devem ter identidade com as metas democráticas expostas constitucionalmente.

Sob o viés axiológico, as políticas públicas correspondem a um planejamento da Administração Pública para resolução das demandas sociais. Sob aspecto normativo obedecem a toda uma estrutura legal regida pelo direito administrativo e pautada nos princípios constitucionais que vinculam o Administrador Público. Também são tratadas em sua dimensão fática como atividades da Administração Pública em que o Estado operacionaliza suas ações em prol da busca de um resultado democraticamente desejado.

Trata o capítulo final da síntese relacional entre os temas das premissas abordadas nos capítulos iniciais. Estrutura-se uma dimensão normativa da relação repersonalizadora das políticas públicas junto à vinculação do Administrador Público ao texto constitucional, assim como numa dimensão axiológica ao substituir o interesse público como elementar das relações de direito público pelo interesse constitucional, consubstanciado em seus princípios e direitos fundamentais, e uma dimensão fática demonstrada num panorama social e as demandas atingidas pela teoria tratada.

Aborda-se a questão sobre a discricionariedade do Legislativo e do Executivo na escalação das matérias a comporem as políticas públicas e do filtro vinculativo que se tornam os direitos fundamentais. O princípio da legalidade da Administração Pública, diante da interpretação constitucional, torna-se abrangente aos termos constitucionais e o princípio da supremacia do interesse público deixa de ter sentido de existência frente ao interesse constitucional veiculado nos direitos fundamentais. Não pode o Administrador possuir discricionariedade para definir o conteúdo de interesse público afastado da Constituição.

Por fim, apresenta-se parte de consequências fáticas, realizada uma breve relação com as demandas judiciais existentes no sentido defendido pela pesquisa, assim como seu relacionamento com a contra-argumentação da teoria da reserva do possível em seus aspectos normativo quando inexistente lei autorizadora, axiológico quando não há razoabilidade para a concretização do ato e fático quando não há possibilidade econômica de realização.

2 A REPERSONALIZAÇÃO COMO EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: A PESSOA COMO NÚCLEO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Para investigação da efetividade das políticas públicas em seu modo de criação e exercício em face ao alinhamento com o princípio da dignidade da pessoa humana, apresenta-se, inicialmente, com embasamento jurídico-filosófico, uma investigação conceitual sobre a pessoa humana.

A proposta é expor, sem eliminar vertentes jurídicas derivadas que não venham a ser o objeto do discurso deste trabalho, a justificativa de uma ética antropocêntrica de aplicação jurídica resultando, não como um dogma, mas uma síntese de que a pessoa humana deve ser o sujeito alvo de toda a aplicação, desenvolvimento, interpretação e criação de elementos jurídicos.

O termo “repersonalização¹” diz respeito a tornar à pessoa o objeto tratado (CARVALHO, 1981). Repersonalizar as políticas públicas seria redirecionar, não só a prestação final, mas todo o ciclo de políticas públicas ao atendimento dos anseios da pessoa humana e não daqueles interesses políticos ou administrativos pautados na conquista do poder.

Diante de um contexto constitucional de Estado Democrático de Direito, exposto o dogma da vontade democrática estar disposta na ordem constitucional, emergem os direitos fundamentais com proteção essencial e aplicabilidade a todos os entes estatais e privados (SARLET, 2011).

Por serem as políticas públicas os principais instrumentos para o Estado efetivar os direitos sociais (FREIRE JÚNIOR, 2005, p.48), sua repersonalização propicia a maior efetividade no atendimento prestacional constitucionalmente vinculado, onde o poder público deve observar o cidadão concretamente considerado para, somente assim, atingir seus anseios.

¹ Conceito iniciado no Direito Civil por Orlando de Carvalho (1981) em sua obra “**A teoria geral da relação jurídica**” quando tratou da necessidade dos institutos clássicos do Direito Civil deixarem de possuir como meta a proteção patrimonial e passarem a visualizar a proteção da pessoa concretamente considerada. Tal razão deve ao respeito constitucional e a aplicação hierárquica do ordenamento jurídico que, pautado em uma Constituição Federal de um Estado de Direito que possui princípios constitucionais como bases jurídicas, deve, também, utilizar desses princípios para alcançar a tutela da pessoa concreta, face a adaptabilidade principiológica que alcança a pessoa concretamente considerada. No Brasil, Tepedino (2004), Perlingieri (2002) e Fachin (2003), repersonalizar o Direito Civil como realocação da pessoa humana no centro das preocupações do Direito e, por o ser humano ser dotado de dignidade, possuir um fim em si próprio.

A investigação da pessoa humana em seus aspectos intrínsecos demonstra-se necessária para a consideração do sujeito concreto como núcleo da atividade de políticas públicas, delimitando em quais as dimensões e substratos que o direito realiza tutela do bem jurídico “pessoa humana” e como o interesse público não pode vir a instrumentalizar a consideração da pessoa em concreto.

Para tal investigação da pessoa como bem jurídico tutelado, apresenta-se o meio de desenvolvimento tripartido² em elementos ontológicos, axiológicos e jurídicos, inicia-se a tratativa da pessoa humana como um fato jurídico, pormenorizando suas características enquanto objeto de tutela jurídica, visto que tal eleição metodológica possui a capacidade de tornar jurídico qualquer temática que interfira em interesses pessoais ou sociais.

2.1 O enfoque lógico-jurídico de investigação da pessoa humana

Toda a discussão jurídica, toda a argumentação fundada no texto legal e aplicada ou aplicável às situações oriundas da vida, de modo direto ou indireto atinge interesses antropocêntricos, seja para a proteção, manutenção ou ampliação da vida humana em seus diversos caracteres.

Mesmo as discussões da contemporaneidade quanto à amplitude de atendimento da tutela jurídica que tendem a buscar outros alvos de proteção³, como no campo do direito ambiental que se traduz em um sistema atualmente pautado no ecocentrismo e capilariza-se em outras modernas frentes de interpretação e criação de normas, tais como a defesa de dignidade ambiental e da dignidade para outras espécies de animais, em análise mediata, tem seu plano de fundo na possibilidade de

² É utilizada a metodologia apresentada na construção da “Teoria Tridimensional do Direito” na obra Fundamentos do Direito de Miguel Reale, 1972, Ed. da Universidade de São Paulo, com finalidade de estruturar o trabalho.

³ Neste âmbito, inclui-se a dignidade ambiental como sendo representativo do valor dos recursos ambientais perante a sua função existencial da vida e do próprio Planeta e a dignidade dos animais tidas como seres sencientes, ambas não apreciadas no contexto do trabalho visto que o mesmo é fundado em um marco teórico antropocêntrico. Ingo W. Sarlet (2015, p. 42) dispõe, criticando o excesso antropocêntrico da produção kantiana que “sempre haverá como sustentar a dignidade da própria vida de um modo geral, ainda mais numa época em que o reconhecimento da proteção do meio ambiente como valor fundamental indicia que não mais está em causa apenas a vida humana, mas a preservação de todos os recursos naturais, incluindo todas as formas de vida existentes no planeta, ainda que se possa argumentar que tal proteção da vida em geral constitua em última análise, exigência da vida humana com dignidade, tudo a apontar para o reconhecimento do que se poderia designar de uma dimensão ecológica ou ambiental da dignidade.

melhor desenvolvimento sustentável para as pessoas que compõem a humanidade, afinal, o sentido de proteção jurídica se findaria com a inexistência da vida humana.

Não é a proposta o desrespeito ou diminuição das diversas frentes de interpretações que acarretem novas vertentes de proteção jurídica, mas o reconhecimento de que o centro de toda a ciência jurídica ser a maximização da proteção, do desenvolvimento, da sustentabilidade, dos limites e das potencialidades, da qualidade de vida humana, tornando-se necessário reconhecer o fato jurídico da pessoa humana. “No centro do ordenamento está a pessoa, não como vontade de realizar-se libertariamente, mas como valor a ser preservado também no respeito de si mesma” (PERLINGIERI, 2002, p. 298-299).

Talvez em razão da íntima ligação histórica entre o desenvolvimento das sociedades em torno de uma crença religiosa, assim como da impossibilidade de exata medida da essência humana – seus sentimentos, sua alma, sua espiritualidade, suas sensações, suas reações ímpares com o mundo externo e consigo mesmo enquanto indivíduo – respalda-se nas propostas conceituais de filósofos teólogos como Agostinho de Hipona e Tomás de Aquino, ponderando-os e interpretando-os diante do viés jurídico moderno.

Quando o objetivo do estudo tem o traço de analisar o atendimento ético e jurídico do próprio direito em um corte disciplinar, faz-se necessário tomar como partida uma abordagem que possibilite o desenvolver lógico, pormenorizando as premissas existentes a fim de encontrar o maior respaldo que possibilite uma argumentação com resultados aplicáveis.

Ao estabelecer que o elemento axiológico seria o ponto de convergência do fato e da norma, tem-se que existe um apontamento de uma hierarquia de valores, na qual a própria pessoa humana possuiria a posição de ápice, abrindo no fato do ser humano ser uma criatura autônoma em si mesma, correspondendo uma subordinação de todos os demais valores e fatos (REALE, 1998, p.211).

O primado hierárquico humano está no fato de o ser humano ser, dentre todos os seres vivos encontrados, a única espécie que possui uma estrutura psicofísica e biológica – o que por si só não capacita a diferenciação das demais espécies de animais – com capacidade de alterar a história⁴, a ordem das coisas previamente

⁴ A título de reflexão: um animal, por exemplo um cão, que salva a vida de seu dono, não poderia ter reconhecida como capacidade de alteração da História em razão da potencialidade de alteração ser do próprio dono humano. Um animal primitivo, antes dos inícios de desenvolvimento tecnológico

existentes, em razão da possibilidade de superação de dificuldades e limitações (FERREIRA DE ANDRADE, 2007, p.25).

Enquanto as coisas em ambiente natural, sem a interferência humana, vivenciam uma eterna repetição de fatores sem alterações significativas, mas infinitas observações de ciclos, o ser humano tem a capacidade de acrescentar a estes ciclos elementos que os transformam como atos construtivos de novas formas e novos ciclos (FERREIRA DE ANDRADE, 2007, p.26).

É a pessoa humana responsável pela singularidade de vida racional, exprime a máxima de que o “homem é o modelo do mundo”, conforme a afirmação de Leonardo da Vinci (ABRÃO, 2000, p. 132), portanto, tanto para a ciência jurídica quanto para as demais, fundamento, objeto e objetivo, classificado como “máximo valor-fim, para qual devem ser direcionados os denominados valores-meio” (REALE, 1998, p. 214).

A disposição do objeto de estudo tem necessidade da delimitação, ao menos para um conceito concretizável, da pessoa humana como fundamento ontológico da aplicabilidade e alcance da tutela dos direitos efetivados por políticas públicas, valendo da revisão dos pensamentos jurídico-filosóficos que estruturaram o direito como uma ciência antropocêntrica.

2.1.1 A concepção de pessoa em si e em no contexto relacional com o outro

Por influência do descrito no dogma bíblico⁵, Agostinho trata da conceituação da pessoa partindo da busca pela explicação da trindade de Deus. A narrativa trazida no livro de Gênesis atribui que a criação da humanidade foi inspirada na própria existência divina em imagem e semelhança. Reconhecida a existência divina como uma trindade, Agostinho respalda-se em Aristóteles e utiliza dos termos filosóficos “substância, essência e natureza” – expressões da individualidade, daquilo que subsiste por si - chegando à conclusão de que tais não poderiam ser aplicados à natureza humana, pois os sujeitos divinos teriam uma única substância, natureza e

humano, ainda que realizasse salvamentos de seus pares por instinto, não teve potencialidade de instrumentalizar ou melhorar sei meio.

⁵ O mito da criação segundo a Bíblia Cristã é disposto na Trindade Divina ter criado o homem à sua imagem e semelhança. Disposto no Livro de Gênesis, cap. 1. ver. 27: “E criou Deus o homem à sua imagem; à imagem de Deus o criou; homem e mulher os criou”.

essência, enquanto a humanidade teria sujeitos com uma individualidade nestes atributos (BARROSO, 2016, p.14-16).

Em sua procura, Santo Agostinho aplica a terminologia de Tertuliano (155-220 d.C) que trata cada sujeito da Trindade como uma pessoa (persona), dado a expressão de, não uma espécie, mas algo singular e indivisível.

Para a utilização do termo “pessoa”, as Escrituras bíblicas dizem respeito aos sujeitos individuais e não coletivos como quando utilizam do termo “homem” ou “todos os homens”, como referência de sujeito concretamente considerado - “que pode indicar com o dedo” - permitindo singularizar o indivíduo, não o tratando como algo coletivo contido em uma divindade. Enquanto no mito da criação a Divindade desejou criar “o homem” como uma ideia, ao apontar o dedo para a pessoa de Abraão, o considerou concretamente (AGOSTINHO DE HIPONA, 1994, VII, 6).

Assim, o termo “pessoa” denotaria uma existência individual e não uma abstração inserida em um contexto coletivo e, sendo um indivíduo concreto, constituindo um todo indivisível em si mesmo (BARZOTTO, 2010, p.42).

Tem-se, na visão de Aquino (2003, q.29, a.3), que “pessoa”, enquanto objeto de conceituação, significaria o que subsiste (existência por si e não em outra realidade) em uma natureza racional. Não trataria de gênero ou espécie, mas do indivíduo indeterminado (mas determinável) de natureza comum e existência singular, que por si existe distinto dos outros. Trata que a pessoa seria Pedro, não seria a natureza humana de Pedro, pois quando se fala de pessoa, não está falando da humanidade ou do homem enquanto abstração ou essência de animal racional e social, mas de um ser concreto, real.

A pessoa é um indivíduo que existe em si, aquele que é indiviso em si e distinto dos outros. É a pessoa humana as carnes, os ossos e a alma, sendo princípios individualizantes do homem. Enquanto o corpo e a alma seriam elementos da essência do homem, a pessoa seria a sua própria existência, a concretização da ideia do conceito em um ser individual, com suas próprias carnes no formato único, seus próprios ossos e sua própria alma.

“A pessoa é uma substância primeira [...], um ser concreto e individual que subsiste em si e para si [...], com suas determinações essenciais e as suas características acidentais, integradas no ato de existir que ela exerce por si mesma”. A pessoa humana é a realização do fato de um sujeito existir a partir da natureza humana, abrangendo suas determinações concretas, não só nas suas racionalidade

e sociabilidade, mas também nas variações acidentais tais como o estado de saúde, a inteligência, as aptidões pessoais (BARZOTTO, 2010, p. 44).

Válida a crítica de Barzotto (2010, p. 44) que afirma terem sido abolidas pelos jusnaturalistas modernos, em prol da falsa sensação de perfeição, as particularidades que definem a pessoa como indivíduo, predominando a ideia de homens coletivamente considerados.

Os elementos que, justamente por caracterizarem a individualidade do sujeito, tornam-se irrelevantes, subsistindo apenas a essência como fundamento fático, o que explica parte da realidade jurídica contemporânea. Fatores como renda, religião, ideologia e demais outros das particularidades históricas que constroem o sujeito enquanto indivíduo são necessários para a caracterização da existência da pessoa.

A pessoa deve ser considerada em sua existência como um todo e não uma parte ligada a algo de superioridade material. A pessoa deve ter seu valor próprio o autônomo (KANT, 1986). A pessoa é um existente, enquanto o humano é sua classe ou gênero. No humano são encontradas a essência e a natureza, entretanto, quando tais elementos são manifestos de modo concreto, inclusive com acidentes, defeitos, diversidades, aptidões, tem-se a concretude de uma pessoa (BARZOTTO, 2010).

Outra dimensão da terminologia “pessoa” é aquela considerada de modo a atender a alteridade dos fatos. Ser pessoa, além da consideração individual, existencial em si própria, demanda uma consideração relacional do ser existente com outro ser também pessoa. Ser professor demanda a existência do aluno, ser líder demanda a existência de liderados, ser pai demanda a existência de filho. Ser pessoa demanda a existência de uma coletividade de pessoas e como estes se relacionam. Significa ocupar um lugar na comunidade de todas as pessoas (SPAEMANN, 2015, p. 215).

Diante desta proposta, a relação dialética entre duas individualidades é necessária para o estabelecimento do conceito de pessoa. É preciso analisar as características de uma pessoa para o outro ter parâmetros para se ver, também, como pessoa. Não há primeiro a percepção de si como pessoa para depois haver a percepção do outro enquanto tal, pois a pessoa define-se por referência ao outro (SPAEMANN, 2015).

A própria liberdade só existe por ser um conceito relativo. A pessoa pode ser livre, inclusive, de sua natureza, pois ela a tem, mas não é sua natureza. Ela pode relacionar-se livremente com sua natureza, mas isso só se torna possível pelo

encontro com outra pessoa. “A afirmação de outra identidade - como reconhecimento, justiça, amor - nos permite a autodistância e auto-apropriação que é constitutiva das pessoas” (SPAEMANN, 2015, p. 207). A pessoa vista em situação de alteridade acaba por demonstrar a necessidade da presença de outrem para voltar-se, de modo reflexivo, para si mesmo, alcançando uma consciência de subsistência.

É pela sociabilização, pela alteridade, que ela reconhece sua autodisposição e limita seus instintos e tendências em favor do outro, antecipando sua própria visão de si em razão ao que possui enquanto simbólicos das reações daqueles que o cercam. Age não fundamentado na natureza, mas sim de modo racional, agindo por si mesmo. Esta dimensão imprime parte do conceito ocidental de felicidade, no qual a pessoa se reconhece feliz quando ligada ao amor romântico, à família, aos amigos, tendo como ápice existencial a relação com outrem. (BARZOTTO, 2010, p.47).

Em se tratando da relação do indivíduo com o seu ser, tem-se o que Spaemann (2015, p. 32-34) chama de “diferença interna”, sendo que a autoidentificação não ocorre de modo imediato como outros seres, inteiramente de natureza instintiva. A pessoa humana se reconhece por autodispor de sua natureza e agir de acordo com sua identidade. Não o que ela é, mas quem ela é.

Ser pessoa é realizar de modo particular os elementos de sua essência, sua animalidade, sua racionalidade e sociabilidade de modo a distanciar-se da natureza sem perder sua essência, reconhecendo que estes atributos são da pessoa e não a própria definição de pessoa, em favor do atendimento à sua racionalidade.

Em uma análise etimológica, o ser que se reconhece pessoa e não a própria natureza é o sujeito, do latim “*subjectus*”, situado abaixo, aquele que sustenta a natureza, colocando-a em dependência da vontade de sua ação. A ideia de objeto, do latim “*objectus*”, posto adiante, define aquilo que já está dado, que não é sustentado na vontade de agir, mas entregue previamente (BARZOTTO, 2010, p.47-48).

Os estudos da Psicologia propõem um modo empírico de conhecimento da pessoa humana a partir de características fixas e pouco mutáveis – ligadas à ideia da natureza – em confronto com aquelas que sujeitam à mutabilidade permanente, surgem as figuras do “eu-sujeito” e do “eu-objeto”. As terminologias “sujeito e objeto” tornam a existir mas adquirem nova semântica diante do contexto aplicado. Para Jovilet (1970, p.220), o “eu-sujeito” diz respeito ao reconhecimento da pessoa, de sua individualidade, de suas características intrínsecas, de todos os fatores que agindo em unidade concluem em uma identidade. Esta proposta afasta a divisão da pessoa-

natureza humana-essência, compilando tais elementos em uma única forma de indivíduo. A apresentação do autor em análise unifica o estado de natureza proposto por Agostinho com a conclusão “pessoa”, tratada em sua unicidade individual. Seria o “eu-sujeito” o equivalente ao conceito de “pessoa”.

O “eu-objeto”, por sua vez, seria a manifestação externa da pessoa que se realiza no mundo após passar pelo filtro da consciência. É o modo como a pessoa se apresenta, se manifesta no mundo em suas relações. A necessidade de compreensão da pessoa como um ente que está sempre em alteração e transformação construtiva tendendo à evolução, demonstra o contexto semântico do “eu-objeto”. (Jovilet, 1970)

Estará ligada à proposta do autoconhecimento do indivíduo ser um fato que, por consequência, gerasse seu controle e domínio em suas atividades. Em conclusão semelhante ao conceito de “pessoa humana”, tem-se que o elemento volitivo, na medida em que exerce o seu domínio, “apresenta a pessoa humana como um ente mais unificado, representando uma síntese de vitórias sobre fatores de índole orgânica, de ordem psicológica além da grande influência [...] pelos fatores sociais” (ANDRADE, 2007, p. 45).

Apresenta Jovilet (1970, p.225) que na adjetivação da pessoa por sua personalidade, a concepção de caráter (sendo seus elementos o complexo fisiológico no qual ocorrem as sensações físicas e o complexo psicológico em que estão a sensibilidade, a inteligência, a consciência e a vontade) é aderente, consubstanciando numa faceta passível de correção e modificação da identidade humana por meio do exercício do autodomínio às convicções fortes da vontade.

Quando trata da pessoa humana, a ótica sobre o naturalismo e o subjetivismo deve possuir respaldo crítico. O naturalismo tende a identificar a pessoa humana com a natureza humana, como se ambas fossem uma única coisa. Deste modo, uma pessoa seria determinada por sua natureza, seria o que é em razão de sua própria natureza (ANDRADE, 2007).

Tal afirmativa equivocada aparece como um reducionismo antropológico que elimina do ser humano características de sujeito ao determiná-lo como um objeto de sua natureza, como ocorre com os demais animais regidos pelo instinto. A História já demonstrou no sec. XVIII tal naturalismo quando determinava o ser humano pela sociedade⁶. Atualmente, com o aumento dos aparatos biotecnológicos, tende-se ao

⁶ Neste sentido dispõe a produção de Jean-Jacques Rousseau (Do Contrato Social) a qual Lúcia Maron (1998, p.14) comenta: “o contrato social idealizado por Rousseau, garantia simultaneamente

determinismo biológico, buscando explicações e justificando atitudes comportamentais pelas características biomédicas (ANDRADE, 2007, p. 45-47).

Quanto ao subjetivismo, considerando a total independência da pessoa à sua natureza humana não condiz com a realidade das atividades humanas. A natureza não é um elemento externo, mas possível de ser tratada com domínio por seu possuidor. A vontade das pessoas não procede do nada, mas da apropriação, rechaço ou transformação de impulsos naturais em atos de vontade. Pessoa humana é sempre um certo modo de realização livre de humanidade (animalidade, racionalidade, sociabilidade) (BARZOTTO, 2010, p. 48).

Utilizar a expressão composta “pessoa humana” implica no reconhecimento da singularidade de um ser e da subjetividade relacionada à natureza humana. Se o ser humano fosse determinado pela natureza, não haveria sentido em falar “pessoa”. Se o seu agir fosse completamente livre da natureza humana, não haveria sentido falar em pessoa “humana” (BARZOTTO, 2010, p. 49).

Em outras palavras, trata-se da ideia de pessoa concreta, portadora de racionalidade ímpar entre os viventes, mas portadora de sentimentalidades e aspectos corporais. Possui finalidade em si mesmo sem ser considerada em contexto externo ao da sociedade em que se inclui. A pessoa deve ter sua autonomia em autodispor de sua natureza respeitada, necessitando, ainda, ver garantidas suas necessidades materiais básicas, assim como o reconhecimento e respeito de sua identidade (SARMENTO, 2016, p. 70).

Observa-se que, não sem propósito ou fundamento, tem-se a pessoa humana como medida principal a ser tomada pela ciência jurídica, pois a sua singularidade a torna gênese de toda a alteração de realidade natural.

A pessoa é assim tratada por não ser o seu gênero – identificado pela natureza humana (animalidade) e pela essência (racionalidade e sociabilidade) -, mas corresponder a uma individualidade dentro de tal, com acidentes físico-psíquicos que permitem uma diversidade única enquanto ser, permitindo aptidões, limites, inteligências, sensações, sentimentos únicos e diferentes entre todos humanos.

A pessoa carrega seu predicado “humana” em razão do impossível desligamento aos fatores animais próprios do gênero humano, os quais podem

a igualdade e a liberdade, estabelecida a igualdade de direitos entre os homens. O povo é quem deveria fazer as leis que os mesmos se comprometiam a cumprir, pois elas seriam os registros da vontade do povo”.

ser controlados pelo autoconhecimento que, por sua vez, aplicado de modo autônomo, é balizado pela convivência entre pessoas por meio do reconhecimento de si e do outro.

A pessoa humana é o sujeito que deve se exteriorizar em seu “eu-objeto”, posto como fundamento de suas atividades dirigidas pelo elemento volitivo dominador do elemento animal.

Portanto e até aqui, mesmo sem analisar o conteúdo jurídico das políticas públicas, é possível definir que, sob o viés repersonalizador, deve ser a pessoa humana seu centro e medida de estabelecimento. Todo meio de atividade do Estado deve ser pautado de modo a permitir que cada pessoa seja individualmente atendida em suas características personalíssimas, não sendo tratada como um gênero.

A definição de atividades públicas que ignorem as situações personalíssimas e mirem apenas na coletividade não possui a potencialidade de atendimento ao direito subjetivo, pois cada ser tem proteção jurídica naquilo que ele é.

2.2 O valor jurídico da pessoa humana e sua proteção jurídica

Para a determinação e análise do elemento jurídico que tutela a pessoa humana, posto seu reconhecimento enquanto fato jurídico, apresenta-se o aspecto axiológico da pessoa humana, o que notadamente faz o embasamento de toda a teoria jurídica.

Enquanto tem-se o fato da existência de pessoas singulares por definição, a conclusão lógica de que seus valores também sejam singulares é obtida quase que modo empírico, fazendo necessário a pormenorização teórica das características e métodos para que seja utilizada como fundamento e fonte do direito.

No tocante à tratativa das políticas públicas na qual este trabalho é dirigido, julga-se importante a definição do elemento axiológico da pessoa humana, sendo este nominado de dignidade, pois demonstra apontamentos valorativos para o juízo estabelecido pelo Administrador Público durante o ciclo de políticas públicas.

Se é a pessoa humana a medida de todas as coisas, tal medida se imprime em um valor que deve ser conhecido por aqueles que decidem a manifestação e prestação do Estado para cada um, de modo a integralizar a vida humana com a prestação estatal ofertada.

A repersonalização traz em seu bojo o conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana que, quando investigada, deixa de ser apenas uma expressão e revela a imensidão de direitos e caracteres adstritos ao seu conceito. É necessário que tais caracteres venham ser considerados, apresentando, inicialmente, a noção valorativa de dignidade sobre a pessoa singular.

2.2.1 A noção de valor e sua aplicação à pessoa singular

A noção de atribuir valor é inerente à determinação da própria definição da coisa. Sua predicação faz, não só que o seu objeto seja qualificado, mas também seja identificado, diferenciado dos demais.

A atribuição do valor da pessoa faz-se pelo juízo de valor, pois a pessoa, ao trabalhar no seu outrem, adquire consciência que a capacita à realização de escolhas, exercícios de limites, determinação de importância em relação a si mesma e ao outro.

Uma coisa praticamente terá valor nulo se não houver algo a que ela possa interferir, apenas existirá.

Necessário, portanto, que exista parâmetro de atribuição de valor, visto que para as pessoas, este parâmetro inicia-se na existência do outro e conclui-se na compreensão de si mesmo, como própria finalidade.

Pode-se dizer que “o juízo é o ato mental pelo qual atribuímos, com caráter de necessidade, certa qualidade a um ser, a um ente” (REALE, 2003, p.34). Reale (2003, p.34-36) ainda expõe que a predicação dos entes nem sempre exercem juízo de valor, pois algumas vezes são impostas pela realidade. Em outras, a proposição demonstra um “dever ser”, uma fórmula com o valor prescrito para a atividade a ser predicada, cabendo ao direito estabelecer normas que possibilitem o juízo de valores das condutas humanas.

Nos textos antigos, os gregos tratavam de valores com as palavras derivadas da raiz *axio*, como um valor particular. O vocábulo “axioma”, por exemplo, demonstra o peso, valor, prestígio ou qualidade de algo. O mesmo ocorre com o adjetivo latino *dignus* que também se refere à qualidade particular de um indivíduo, denotando prestígio, estima ou mérito. Bem observa Mattei (2005, p. 54) que o sentido de dignidade para a antiguidade estava ligado à honra, sendo próprio das classes aristocráticas.

Nos mitos clássicos gregos, o valor da pessoa era enaltecido com posições de poder. Édipo tornou-se rei de Tebas por ter derrotado a Esfinge, demonstrando ser um homem valoroso por sua sabedoria. Em Antígona, a predicação do ser humano é posta como a coisa mais maravilhosa do mundo, graduando sua valorização acima de todas as demais coisas existentes em razão de sua capacidade criativa. Adverte, ainda, que essa capacidade criativa pode tornar o homem desmedido, implicando em consequências indesejáveis e prejudiciais. O sofista Protágoras de Abdera, citado por Platão, atribui que o homem - tratando da própria espécie humana – é o juízo dos fatos, pois se torna elemento necessário para questionar o ser das coisas (RABENHORST, 2010, p.23).

A questão maior para Protágoras era definir como que o ser humano pode avaliar as coisas, atribuir valores, chegando a afirmar que tal fonte de avaliação seria o discernimento proporcionado pelo seu entendimento como inserido na natureza (*physis*) e pelos costumes (*nomos*) (RABENHOSRT, 2010, p.23).

No mito de Prometeu e Epimeteu, este tem a atribuição de distribuir as características entre parte de todas as coisas existentes, parte na qual se inclui o ser humano. Após ter distribuído todas as características entre as coisas existentes, verifica que se esqueceu do homem e, por não ter mais características para distribuir, furta, dos deuses, o fogo e a capacidade artística, tornando a humanidade acima das demais coisas terrenas e abaixo das coisas divinas. Mais tarde, Hermes teria distribuído a honra e o direito, possibilitando a arte da política e a vida em sociedade aos humanos (MONDOLFO, 1971, p.143).

Em Aristóteles, tudo que existente no mundo possui uma hierarquia da própria natureza. O ser humano está acima dos animais por serem providos da capacidade de agir para alterar as coisas. Entre os humanos, alguns são naturalmente mestres e outros, por deficiência intelectual, são serviçais podendo adquirir o conhecimento e deixar a casta de serviçal por meio da educação (RABENHORST, 2010, p.23).

Para o cristianismo, berço da cultura ocidental, o valor da pessoa está na razão de sua origem, a de criação e filho de Deus. Quando Deus cria o homem a sua imagem e semelhança, conforme disposto no mito bíblico, atribui a toda a humanidade um valor dogmaticamente irretratável de ser semelhante à característica divina de Deus. A discordância deste dogma implica em discordância com o próprio Deus, portanto é pecado. O aumento de classes e graduações hierárquicas praticado pela teologia permite refletir junto ao mundo dos humanos: “o Ser absoluto, os espíritos

(superiores e inferiores), o homem (que consiste de espírito e corpo), os animais, as plantas, a matéria inanimada, uma série que decresce do espírito puro até a matéria pura” (RABENHORST, 2010, p.26).

No século XIV, a unicidade de gênero passa a ser imposta na Europa. Torna-se um novo humanismo com a aceção de que o valor atribuído ao sujeito pode ser alcançado pelo seu reconhecimento, possível quando diante de outro, de ser naturalmente incompleto (MONDOLFO, 1971, p.149).

Com o cartesianismo, reduz-se a matéria a uma condição em que o dinamismo é desconsiderado o mundo é medido por critérios matemáticos, sendo o sujeito um dominante de sua natureza pelo conhecimento de suas leis (RABENHORST, 2010, p.29).

A máxima de Thomas Hobbes (1973, p.125) de que todas as coisas teriam valor de preço, podendo ser medidas financeiramente, seria alterada pela proposição kantiana de que somente as coisas que possibilitem uma permuta por outra equivalente teriam como valorização medida em preço. A humanidade, segundo Kant (1986) teria um valor impossível de permutar-se, chamando tal de dignidade.

Assim, a atribuição de um valor ao ser humano dá-se por critérios de comparação, historicamente em constante construção evolutiva, assemelhando até a parâmetros teológicos, ligados à honra e respeito, à posição social, à capacidade de modificar o ambiente, à criatividade, à prática de artes, à capacidade de dominar, à hierarquia. Traz o pensamento moderno tendências objetivas de métricas lógicas o que, resulta no reconhecimento de valor intrínseco ao próprio ser humano.

Para tanto, necessário faz-se a apresentação do pensamento de Immanuel Kant (1986) logo adiante, visto ser filósofo recorrente na temática, como marco secular do pensamento da valorização humana e de sua dignidade em todas as ciências sociais, inclusive no Direito.

2.2.2 O paradigma kantiano da dignidade humana.

Para a construção da dignidade enquanto valor da pessoa humana tutelado como princípio fundamental constitucional e, portanto, vinculativo a todas as esferas do poder público, faz-se necessário a apresentação da construção teórica kantiana, que veio a desvincular da mitologia religiosa o conceito em questão.

O produto conceitual proporcionado como “dignidade da pessoa humana” estabelece as bases para o pensamento do Administrador Público na estipulação das políticas públicas, em suas tomadas de decisões para implementação, omissão ou retirada de prestação estatal, visto ser o guia axiológico de todo o sistema jurídico e, por esta razão, revelar a jurisdicionalidade da atividade política.

Antes da apresentação dos argumentos da própria ideia de dignidade como valor da pessoa humana para Kant⁷, é necessário apresentar suas bases da “autonomia”, tida como fundamento da própria dignidade. Parte-se da premissa de que não há dignidade da pessoa humana sem que haja autonomia (KANT, 1986).

O significado de autonomia está ligado não apenas ao seu sentido etimológico de “normatizar a si mesmo”, mas também às condições necessárias ao indivíduo para que possa ter a liberdade de estabelecer suas próprias normas de acordo com imperativos categóricos éticos que possibilitem sua repetição universal (KANT, 1986).

Só pode ser trabalhada a autonomia quando o sujeito possui todos os meios necessários para a manifestação de sua razão, agindo de acordo com princípios com ordens éticas de “dever ser” (REALE, 2003, p.37-39), realizando um juízo de valor livre, autônomo.

Em seu texto intitulado “A paz perpétua”, Kant (1986, p.91) dispôs a fala de que se um povo não puder decidir os rumos e interferências sobre si mesmo, o legislador desse povo não tem o poder de assim realizar. O pano de fundo deste trecho diz respeito à liberdade dos membros da sociedade em se autonormatizar a partir do acesso ao esclarecimento e, somente assim, ter legitimidade verdadeira para a escolha de seu legislador que, poderia alcançar a vontade pública.

A proposta é que o esclarecimento promova o uso público da razão, tornando obsoleto o direito à resistência, uma vez que todos os membros da sociedade assumirão a norma como se fosse produzida por si mesmo, portanto, legítima.

Mesmo sendo um pensamento já secular, alerta para o desfecho desta pesquisa⁸, vez que não poderia o governante estabelecer por si o que seria o interesse

⁷ Como marco teórico para a tratativa, foi escolhida a obra do jusfilósofo Thadeu Weber (“Ética e Filosofia do Direito: autonomia e dignidade da pessoa humana”) que faz em único texto uma análise das principais obras de Immanuel Kant (“Crítica da Razão Pura” e “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”) utilizando de um procedimento dialético com outros filósofos da contemporaneidade, promovendo uma interpretação rica sobre o pensamento kantiano e demonstrando sua relevância para o Direito.

⁸ A pesquisa adentra nesta temática em seu último capítulo, após apresentar o conteúdo da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.

público a justificar suas decisões políticas agindo de forma contrária à vontade democrática autônoma manifestada nos princípios constitucionais e nos direitos fundamentais.

A filosofia kantiana percorre as temáticas do esclarecimento, da maioria, do uso público da razão e da supremacia da razão, sempre pautadas na promoção da autonomia pessoal, a qual reconhece que apenas o empirismo não é suficiente para a determinação da autonomia, vez que seus resultados apenas atingem o limite do “acerto e erro” casual, enquanto a razão pode buscar sem erros a maior parte dos resultados necessários para o esclarecimento, respeitando assim o valor da cada ser.

A utilização da razão como meio para estabelecer o valor humano mostra-se autônoma na medida em que é apresentada em duas dimensões: o da elaboração de critério para validação de normas e; a aplicação do imperativo de forma a tornar a máxima um valor universal. Deste modo, a razão tem o reconhecimento de estabelecer a lei universal pois “poder querer para todos o que se quer para si é a máxima expressão da autonomia” (WEBER, 2013, p.15).

A autonomia kantiana estaria disposta como a capacidade de escolher quais seriam as máximas – consideradas enunciados de atendimento da ação humana alcançadas pela utilização da razão – que podem ser desejadas como leis universais, partindo a razão de ausência de influências empíricas para que se evite que outra pessoa imponha a sua norma para outrem, provocando não uma autonomia prestada pelo esclarecimento e alcançada pela razão, mas uma heteronomia (KANT, 1986).

Tal afirmação leva ao encontro do conceito de liberdade negativa⁹, no tocante à retirada das experiências empíricas para a promoção da liberdade positiva da legislação da razão. Neste sentido, Kant afirma que a autonomia da vontade é o princípio supremo da moralidade, pois o cumprimento da lei cujo próprio autor é o núcleo que sintetizaria a noção de liberdade autônoma (WEBER, 2013, p.16).

A noção do próprio autor como núcleo da norma vem de encontro com a proposta de repersonalização, vez que o Constituinte, representando todos os sujeitos, dispôs em seu texto a pessoa humana concretamente considerada como núcleo de atendimento das prestações obrigatórias do Estado. Estaria a manifestação democrática constitucional estabelecendo o seu povo apontado individualmente pelo

⁹ O conceito pode ser melhor observado na obra de Isaiah Berlin (1981, p. 133-145)

princípio da dignidade da pessoa humana como núcleo do atendimento jurídico e político.

Sendo assim, a autonomia possui em Kant (1986) três dimensões: autonomia na ciência, autonomia na moral e autonomia política. A autonomia na ciência estaria disposta na utilização da razão para estabelecer a premissa inicial da experiência, proporcionando, assim, a possibilidade de novos experimentos com resultados diversos do anterior¹⁰. A prisão ao empirismo torna a ciência um ciclo sem fim, com resultados longes de ineditismo. A autonomia na moral trata do elemento volitivo livre, esclarecido, que possibilita o entendimento da regra que deve ser cumprida de forma a ser interiorizada por si, proporcionando o agir moral¹¹. A autonomia na política seria o fundamento da liberdade e dignidade na medida em que o governante se limitaria na aplicação de sua lei no juízo de valor: se tal lei deve ser imposta a si próprio pelo povo que a cumprirá (WEBER, 2013, p.16).

No contexto da problemática enfrentada, a retirada pelo Administrador Público de políticas públicas sem que seja permitida à sociedade uma elucidação, estaria em desacordo com a base da dignidade apresentada como autonomia. A limitação da vontade constitucional de proteção da dignidade da pessoa humana, de mesma forma, estaria esvaziando a autonomia democrática.

Apresentada a noção de autonomia kantiana, inicia-se, neste trabalho, o segundo pressuposto para a tratativa da dignidade humana, que seriam as formulações do imperativo categórico. Sua proposição é trabalhada em três níveis, que leva a regras morais e reconhecimento de valores das pessoas por meio da racionalidade gerada pela autonomia.

Kant propõe uma ética racional, exercida pela vontade livre que é validada por um princípio de “dever ser”, estabelecendo que a não validação imprime uma

¹⁰ Em formulação nitidamente baseada neste postulado kantiano, John Rawls construiu o conceito de “véu da ignorância” (em “Uma Teoria da Justiça” – 1997 – Ed. Martins Fontes), onde afirma que para promover uma legislação justa e que atenda aos interesses democráticos, seus legisladores devem abandonar as situações empíricas já vividas e utilizarem da razão em favor de todos para editarem um texto legislativo que atenda a todas as situações.

¹¹ O conceito de autonomia no direito estaria ligado à autonomia moral, derivando sua tutela jurídica como “autonomia da vontade” e sua sucessora “autonomia privada”, ambas, em suma, delimitando o agir do elemento volitivo humano em razão do campo de atuação permitido (que são os próprios princípios morais juridicalizados: boa-fé objetiva, função social, dignidade da pessoa humana – CF/88 art. 1º, III, Art. 170. CC/2002, art. 422). Neste sentido estão as obras de Francisco Amaral (Direito civil: introdução. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003), José Oliveira Ascensão (Direito civil, teoria geral: relações e situações jurídicas. Coimbra: Almedina, 2002) e Lêdo, Sabo e Amaral (Existencialidade Humana: o negócio Jurídico na visão pós-moderna. Civilística, 2017)

arbitrariedade à lei (KANT, 1986, p.56-61). O pensamento é aproveitável para a análise do papel do Administrador Público no ciclo de políticas públicas, já que deve, a todo o momento, realizar o juízo de “dever ser” e fugir da arbitrariedade. Neste sentido é a própria autonomia que estabelece, em última análise, um limite de atuação de sua vontade ao praticar a noção de alteridade.

A primeira proposta de imperativo categórico é resumida na proposição de agir “como se a máxima de tua vontade se devesse tornar, pela tua vontade, lei universal da natureza” (KANT, 1986, p. 59). Desta sua análise demonstra ser impossível de concretização, uma vez que a vontade humana não interfere na vontade da natureza como um todo, sendo invalidada pelo critério de universalização.

Entretanto, a proposta coloca a cada sujeito imperado o dever de por sua razão a pensar no sentido de agir “como se” fosse tornar uma lei universal da natureza, como as leis da física, impostas a todos sem que interfiram na potencialidade de cada um de modo negativo e proporcionando meios de todos serem desenvolvidos nela.

A segunda proposta trata da formulação: “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente, como fim e nunca simplesmente como meio” (KANT, 1986, p.60). Este enunciado gera a principal consequência para o desenvolvimento do conceito kantiano de dignidade, pois adota um critério de alteridade e finalidade para realização dos atos de vontade.

O exercício do ser em si próprio como finalidade e não como processo e, da transferência desse reconhecimento próprio ao outro, não o utilizando como meio para atingir outra finalidade (patrimonial ou potestativa, por exemplo), estabelece uma comparação métrica entre todos os sujeitos, igualando os valores de todos e, ainda assim, reconhecendo a diversidade pessoal da autonomia de cada um.

Sob este aspecto, não existiria ser com uma dignidade maior para merecer atenção diferenciada no atendimento estatal. Tal argumentação, se utilizada isoladamente, apresenta-se como fundamento para a não implementação de políticas públicas com objetivo individualizadoras, embora, no contexto desta pesquisa, revelar a importância de cada sujeito em si considerado para a elaboração e prestação de serviços públicos.

Se, diante deste postulado do imperativo categórico kantiano, não deve ser realizado qualquer ato volitivo sem pensar de forma a não prejudicar outra pessoa para atingir uma finalidade desejada e, ainda, atuar de forma àquela pessoa também

atingir a mesma finalidade, a construção do conceito de valoração da pessoa humana tem alterado seu paradigma¹², deixando de ter sentido o estabelecimento de valores humanos a partir de uma hierarquia ou de habilidades.

O dever agir sem prejudicar o outro, utilizando da razão para chegar a esta conclusão, e ainda proporcionar uma igualdade de fins, ressalta que as demais pessoas, reconhecidamente únicas, devem ser tratadas como limites de ações individuais, não pela experiência de ter conhecido cada história de cada vida humana, mas por força do esclarecimento racional de que cada vida tem sua própria história e assim seu próprio valor.

A tratativa da pessoa como um meio implicaria no seu impedimento de manifestar concordância com o modo e pela intenção em que é tratada. Quando um sujeito é posto como funcionário, ainda que sua capacidade de trabalho seja posta como meio em sua atividade, existe uma consciência e uma manifestação de vontade em estar trabalhando em algo lícito¹³, objetivando a finalidade do salário, da realização pessoal no trabalho, entre outras finalidades possíveis. Neste caso, não está em desacordo com o imperativo categórico por haver elucidação de todos os envolvidos na relação.

A terceira formulação do imperativo categórico é a da autonomia, da autodeterminação do sujeito em prestar a escolha por meio de sua razão. Deve-se agir “de tal maneira que a vontade pela sua máxima se possa considerar a si mesma, ao mesmo tempo, como legisladora universal” (KANT, 1986, p. 62). Weber (2013, p.21) sintetiza dizendo que “estamos sujeitos à lei tão somente por sermos considerados seus autores”.

Estaria este terceiro enunciado demonstrando que o reconhecimento do outro deve passar pelo crivo da forma, esta tratada como uma lei universal, e da matéria, a qual trataria do ser como fim em si mesmo, unificando o ideal de pessoa

¹² Ludwig (2006, p. 39-48) apresenta pesquisa sobre as alterações paradigmáticas dos sujeitos, passando do modelo cartesiano (por habilidades positivas), idealista (com funcionalidade no elemento uno), chegando ao modelo kantiano o qual o trabalho segue.

¹³ A licitude do trabalho deve ser considerada, assim como outros elementos relacionais como a boa-fé e a função social. Ocorre que o funcionário que conscientemente atua em meio ilícito de trabalho, sabendo e querendo tal ilicitude, realiza atividade antijurídica. Aqueles funcionários que por ventura estão reduzidos à condição de escravos, ainda que tenham consciência, atuam em um contexto de ilicitude pautada na própria utilização de tais pessoas em condições que desrespeitem os seus direitos fundamentais, com finalidade única de proporcionar benefício ao seu empregador às custas da dignidade pessoal dos funcionários.

individualizada e sua inserção social e atingindo, pela racionalidade, o estado valorativo das demais pessoas existentes de modo universalizado.

Com essa argumentação, Kant conseguiu, utilizando-se da lógica, concretizar a sentença de atuação ética da pessoa que deve respeitar os demais, proporcionando a não instrumentalização humana, mas seu desenvolvimento.

Demonstra-se que o limite da atuação volitiva é o outrem, embora tal limite deva ser, por meio da racionalização, internalizado ao próprio sujeito que escolhe limitar sua natureza animalisca por ter alcançado o estado de esclarecimento suficiente para decidir livremente por agir de modo ético. É estabelecida por Kant uma forma, afastada das doutrinas teológicas, de medir a pessoa humana e lhe atribuir um valor, valor este de fim em si mesmo.

2.2.3 Do valor intrínseco da pessoa humana

Para a finalidade de revelação da pessoa humana como núcleo da atividade jurídica e política, tratar de seu valor intrínseco é justificado por ser este o fator de relevância de sua individualização. Ao tratar a pessoa como um único ser, diante da proposta do texto, não é possível a realização de qualquer atividade prestacional do Estado sem que tenha o núcleo dirigido ao seu sujeito de direitos. Afastar a valoração intrínseca do sujeito pelo argumento de proporcionar o interesse de uma coletividade quantitativamente superior, ocasiona descumprimento à proteção da dignidade da pessoa humana.

Sob um aspecto filosófico, o valor intrínseco é ligado à natureza humana e seus elementos, suas características manifestas em um ser. É correspondente a um conjunto de atributos pertencentes a todos os seres humanos, possibilitando uma diferenciação superior a todos os demais seres vivos.

A construção histórica da valorização humana, passando pela atribuição de valor em razão da posição social, da vontade divina aplicada ao sujeito tido com uma pessoa de valor superior, até chegar ao paradigma ético kantiano, permitiu que houvesse um reconhecimento sobre a situação humana de qualquer indivíduo.

A influência kantiana foi determinante para a conceituação do valor intrínseco do homem, sendo este, em primeira acepção, a designação de um valor não

instrumental, valorado aquele que não pode ser convertido em meio para a obtenção de alguma finalidade sem seu consentimento (KANT, 1986).

Utilizando da definição apresentada por Barroso (2016, p.76), o valor intrínseco “corresponde a um conjunto de características que são inerentes e comuns a todos os seres humanos, e que lhes confere um *status* especial e superior no mundo, distinto de outras espécies”.

Em sua abordagem, ocorre uma concretização do elemento axiológico, transformando-o no fato que caracteriza toda a humanidade. Em busca de delimitação do conceito amplo apresentado, continua dispondo que “o valor intrínseco é oposto ao valor atribuído ou instrumental, porque é um valor que é bom em si mesmo e que não tem preço” (RABENHORTS, 2010, p.35).

Em uma segunda concepção de valor intrínseco, este designa um valor que algo tem independentemente de qualquer relativismo subjetivo, não há necessidade que outra pessoa atribua o valor, pois este é realizado de modo autônomo (RABENHORTS, 2010, p.35).

Sarmiento (2016, p. 101-102) dispõe a alegoria do trem desgovernado que iria matar três pessoas amarradas ao trilho por um bandido a não ser que o agente empurrasse uma pessoa observadora à frente, que impediria a morte dos amarrados com sua própria vida. Demonstra que não se deve realizar a instrumentalização desta pessoa observadora, “ainda que para servir a objetivos nobres e importantes como salvamentos de outras vidas” (SARMENTO, 2016, p.101).

A abstração envolvida no conceito de valor intrínseco ocorre em razão das várias graduações quanto ao exercício da capacidade humana. Reconhecida a existência dessa capacidade em todos os seres humanos, o conceito de aprender, de acumular conhecimento, de sentir dor e felicidade, assim como a linguagem (falada e escrita) e outras aptidões artísticas, dizem respeito ao que se tem pela singularidade humana (RABENHORST, 2010, p.36).

O valor intrínseco revela a singularidade humana, demonstrando que, ao ser conteúdo da dignidade da pessoa humana, impõe a todos o respeito por tal singularidade. A repersonalização das políticas públicas seria, em certo aspecto, o pensamento do Administrador Público em singularizar a prestação do Estado para atendimento e respeito ao valor intrínseco da pessoa.

Há, ainda, o estabelecimento de valor intrínseco que parte do aspecto objetivo ou subjetivo. Seria um valor intrínseco objetivo aquele que pode ser deduzido da

própria natureza, sendo este posto diante de regras universais naturais (SARMENTO, 2016, p.105). Quanto ao valor intrínseco subjetivo, este deveria ser proposto por uma medição – vez que todo valor é uma graduação de algo – realizada pelo próprio ser humano. Nesta corrente encontra-se Dworkin (2003, p.20-38), afirmando que o valor intrínseco subjetivo, ainda que concedido pelo homem (sendo um ativo de atribuição de valor), pode ser estabelecido de forma independente aos interesses humanos, não podendo ser calculado instrumentalmente ou em função do prazer ou desprazer do ser humano (RABENHORTS, 2010, p.36).

Com o valor intrínseco humano, tem-se como consequência decorrente dois postulados. O primeiro teria uma função antiutilitarista, derivado do imperativo categórico kantiano que traduz que o ser humano deve ser tratado como finalidade em si mesmo e nunca como meio. Recupera-se a ideia da autonomia para decidir e agir enquanto meio para alguém, busca a finalidade para si (BARROSO, 2016, p.77).

Sob este aspecto, o impedimento de tratar o ser humano como meio também ocorre se a finalidade for coletiva. Não importaria se a utilização de uma única pessoa como instrumento, não sendo esta pessoa esclarecida e autônoma para sua atividade, para o atendimento de uma finalidade coletiva, se ocorresse tal fato, o postulado kantiano estaria descumprido, sendo, também, desrespeitado o valor intrínseco desta pessoa (BARROSO, 2016, p.77).

Cada ser humano teria um valor intrínseco próprio, justamente por ser um ente humano, sendo que este valor deve ser reconhecido e respeitado por todos, inclusive pelo Estado que tem imposto ser existente em razão dos seres humanos e não o contrário (SARMENTO, 2016, p.105).

O valor intrínseco corresponderia, portanto, a um conteúdo mínimo de valores dispostos ao ser humano, sendo um valor objetivo. Enquanto Kant baseia sua investigação sobre o valor humano, chamado de dignidade, na existência de razão que, por sua vez, geraria autonomia, Barroso (2016, p.77) afirma que o valor intrínseco “independe até mesmo da própria razão, estando presente em bebês recém-nascidos e em pessoas senis ou com qualquer grau de deficiência mental”.

Neste sentido, Dworkin¹⁴ dispõe que o valor intrínseco poderia ser considerado na medida do investimento de tempo posto no resultado “vida humana”. Sob este aspecto, os embriões teriam valor intrínseco justamente por representar um

¹⁴ As afirmações atribuídas a Ronald Dworkin encontram-se na obra “Domínio da Vida” (2003).

conjunto de fatores que ainda permanecem em mistério para a ciência que de modo maravilhoso trouxe uma potencialidade de vida humana. Semelhantemente, o patrimônio cultural e artístico humano teria valorização em razão do tempo despendido para a sua elaboração e construção (RABENHORTS, 2010, p.37).

Assim, pode-se concluir que todo ser humano possui valores, uns intrínsecos – ligados à sua própria personalidade e humanidade – e outros atribuídos – ligados às suas aptidões subjetivamente consideradas. Entretanto, estaria em um paradigma externo à ética a consideração de valores instrumentais de qualquer ser humano, pois este enquanto pessoa com características naturais, sociais e sentimentais, deve ter respeitadas a sua própria existência e razão, para que por meio delas possa ter a elucidação das informações, o esclarecimento, podendo somente assim, agir de modo autônomo, buscando ser o fim em si mesmo.

Possuem valor intrínseco todas as coisas cuja natureza dispensou uma quantia demasiada de tempo para produzir, sendo que a vida humana, por ser a medida de todas as coisas e a única forma de vida conhecida capaz de alterar e produzir alterações no ciclo natural, tem uma valorização especial, com uma forma de valor próprio, chamado de dignidade da pessoa humana.

2.2.4 Da dignidade da pessoa humana: aspectos conceituais

Até o presente momento, os termos individuais da noção de dignidade da pessoa humana foram trabalhados, permitindo uma melhor interpretação do princípio jurídico da dignidade da pessoa humana, fonte basilar de todo o Ordenamento Jurídico, assim como o aproveitamento de critérios para seu desenvolvimento e conteúdo.

Dignidade é um valor, um critério de mensuração ou gradação de algo, aplicado como forma de valor intrínseco de todos os seres humanos. Por sua vez, tratar da valorização de seres humanos como gênero não representa de forma adequada uma gradação, esvaziando o conceito de dignidade. Se todos possuem a mesma dignidade, não há medição a ser realizada, não podendo ser considerado um valor. Neste aspecto, tem-se uma única gradação, a humanidade e o restante das coisas, colocando a primeira medição de dignidade humana como aquela que está acima das demais coisas do mundo (SARMENTO, 2016).

A dignidade tem que ser humana¹⁵, pois ao adjetivá-la como humana, liga-se à própria natureza humana, ou seja, a estrutura que permeia todos os seres humanos, independentemente de qualquer característica física, acidentes genéticos, atributos e aptidões ou de variações de percepções de sensações (SARLET, 2015).

Todos os humanos possuem dignidade neste aspecto, por serem humanos e tão somente por isso. Seria um aspecto objetivo da dignidade, pois posto de modo genérico e universalista, reconhecendo apenas a estrutura natural. Por ser humana, atua e espera todas as suas nuances humanas, inclusive falhas.

O valor ainda é pormenorizado no elemento individual da vida humana, no seu indivíduo concreto. Denominando dignidade da pessoa humana, é reconhecido o valor não apenas de modo difuso, mas sob a consideração concreta de uma pessoa, de um indivíduo sujeito de direitos (SARLET, 2015).

A dignidade da pessoa humana pondera os valores de cada indivíduo, reconhecendo que o mesmo não pode ser instrumentalizado, mas deve ser livre para manifestar de forma autônoma o fim em si mesmo (KANT, 1986).

Promover a dignidade da pessoa humana é tutelar de forma positiva para que cada pessoa considerada individualmente – com seus próprios atributos de pessoa – possa alcançar sua finalidade de modo racional, estando, talvez neste ponto a consideração de repersonalização.

Para tanto, uma análise histórica específica é necessária, fortalecendo os conceitos já apresentados até o momento, para posteriormente serem visualizados quais são os aspectos e alcance de seu conteúdo.

2.2.4.1 Contextualização histórica e etimológica da dignidade da pessoa humana

Necessária a disposição dos marcos históricos que fizeram surgir o conceito, assim, torna-se possível a sua aplicação de modo mais eficaz e adequado ao momento histórico atual.

¹⁵ É possível o reconhecimento de outras espécies de dignidade além da humana, mas esta estará atribuindo o valor em razão do tempo despendido pela natureza em outro aspecto que não na vida humana, como por exemplo a dignidade ambiental, relativa ao valor intrínseco das estruturas da natureza ecológica. Entretanto, tais pormenores não serão tratados neste trabalho por não corresponderem ao recorte teórico do tema.

Em que pese não poder ser certa a afirmação de que tenham sido as religiões judaico-cristãs as que tornaram iniciadas as discussões sobre o valor intrínseco do humano, tem-se uma ligação historicamente disposta de que teria Deus criado o Homem a sua imagem e semelhança, portanto todo aquele humano seria dotado de um valor próprio, não podendo por tal ser utilizado de mero objeto alheio. Não há no texto bíblico¹⁶ nenhuma disposição sobre o termo dignidade, mas tal conceito acabou, como já apresentado, sendo secularizado por Kant e utilizado até a contemporaneidade (SARLET, 2015, p.33).

Para os pensamentos da antiguidade clássica, o vocábulo *dignitas*, referente à dignidade, era alinhado à ideia de honra objetiva, dizendo respeito à posição social ocupada ou o grau de reconhecimento obtido pela sociedade em que estaria incluído. Tal apresentação permitia uma gradação de dignidade, vez que cada indivíduo poderia ocupar um grau superior ou inferior em sua atividade social (RIDOLA, 2014, p.24).

Outra vertente de dignidade estaria nela ser a qualidade inerente a todos os seres humanos que os diferem das demais criaturas, sendo tal noção associada à ideia de liberdade pessoal que torna o próprio sujeito responsável por seus atos e seu destino. Sob este aspecto, todos os seres humanos seriam iguais em nível de dignidade (COMPARATO, 1999, p. 13).

Em Roma, com os juristas de Marco Túlio Cícero, houve um desligamento da dignidade em relação à posição social ocupada, todos deveriam agir de modo a não prejudicar um ao outro, vez que estavam todos diante das mesmas leis da natureza (SARLET, 2015, p.33). Sarlet (2015, p.34) ainda dispõe ser possível verificar uma ligação à moral nestes conceitos de dignidade, especialmente no tocante às virtudes pessoais de mérito, integridade e lealdade.

Ademais, dentre os pensamentos clássicos, podem ser extraídos dois principais aspectos da dignidade: um tratando de uma dignidade que decorre de sua posição mais alta na hierarquia natural – dignidade ontológica, dádiva, inata -, sendo dominador sobre todos os demais animais, esta reconhecida uma dignidade absoluta e; outro tratando da dignidade subjetiva vinculada à posição social ocupada -

¹⁶ Algumas traduções bíblicas para o português, por exemplo a versão King James, trazem o vocábulo “dignidade”, por exemplo e, 1 Cr 16:27 e em 1 Tm 2:2. Entretanto, no original em inglês utilizam-se palavras como *gladness* e *godliness*.

dignidade conquistada, adquirida -, esta relativa na medida em que se altera no curso da vida (BECCHI, 2008, p. 192).

Para os primórdios do cristianismo, o pensamento expressado pelo Papa São Leão Magno sustentava que os seres humanos possuíam dignidade pelo fato de que Deus os criou a sua imagem e semelhança – qualquer desrespeito à dignidade humana seria um desrespeito à própria criação divina, portanto pecado – e, que, Deus ao tornar-se homem em Jesus haveria dignificado (atribuído um valor supremo) a vida humana (SARLET, 2015, p.35).

No início da idade média, o pensamento de Boécio, que posteriormente foi retomado por São Tomás de Aquino, informava uma nova noção de dignidade da pessoa humana, valorizando a pessoa como substância individual de natureza racional (SARLET, 2015, p. 35).

Na alta idade média o pensamento de São Tomás de Aquino, utilizando da expressão “*dignitas humana*”, acrescentou-se ao pensamento cristão da dignidade humana a capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana, existindo pela própria vontade (SARLET, 2015, p.36).

Na fase renascentista, em razão do contexto antropocêntrico, Giovanni Pico della Mirandola, realizou marco textual sobre a dignidade do homem afirmando que a superioridade humana estaria ligada à capacidade de livre arbítrio de modo que diferentemente dos demais seres, o homem seria um ser inacabado, se alterando conforme vivenciada a história e nisso estaria disposta a sua dignidade (ZILLES, 2012, p. 66).

Importante o marco de Pico della Mirandola, pois tornou o poder de escolha, o arbítrio, o juízo humano fatores determinantes de sua dignidade. Tal fato abriu portas para uma retirada do tema da esfera teológica, justificando a dignidade humana além da *imago dei* (BECCHI, 2008, p.194).

No século XVI, ao rebater a escravidão dos índios pelos espanhóis em seu movimento expansionista, Francisco de Vitória fundamentou a dignidade daqueles índios no direito natural e na natureza humana, desalinhando ao motivo da conversão católica, mas no valor intrínseco da liberdade e igualdade, assim como no respeito por serem humanos. A crescente deste pensamento culminou na edição da bula papal de 1537 que proclamou a racionalidade dos índios (ZILLES, 2012, p.11).

Com o renascimento, Hugo Grócio e Thomas Hobbes aplicaram o antropocentrismo e buscaram um maior desligamento dos panoramas cristãos.

Enquanto para Grócio a dignidade estava ligada ao direito à sepultura, para Hobbes estava ligada à posição social alcançada (BECCHI, 2008, p. 194).

Hobbes afirmava que o valor do homem está no preço que deve ser pago pelo uso de seu poder, não considerando como um valor absoluto (o que posteriormente foi rebatido por Kant) mas dependente de outro homem para realizar o juízo de seu preço. Em seu pensamento, previu a existência da autoatribuição de preço, mas a rejeitou em razão de que esta não valerá mais que o preço que os demais os dão, exemplificando que são mais valiosos em tempo de guerras os soldados que os juizes. Enfatiza, ainda, que o valor público do homem, aquele que é atribuído objetivamente pelo Estado é o que costumeiramente é apropriado como dignidade (HOBBS, 1983, Cap. X. p. 54).

O pensamento de Hobbes (1983) serve de exemplo da disparidade do pensamento arbitrário do governante público com o sistema constitucional em um Estado de Direito, visto que, sob interpretação dos princípios constitucionais, é entendido a dignidade humana em uma situação de autonomia, não de atribuição de valor estatal.

Antecipando a Kant, Pufendorf apresentou a dignidade fundada na liberdade do ser humano em optar, de acordo com sua razão, e agir conforme o seu entendimento de opção. Seria a dignidade uma natureza moral da liberdade (BECCHI, 2008, p. 195).

Completando o processo de laicidade da dignidade, Immanuel Kant (1986) apresentou, conforme já tratada inicialmente, uma dignidade pautada na autonomia racional, portanto, como seres racionais, o ser humano pode agir de forma ética, afastando-se de sua natureza animalesca a fim de acolher ações escolhidas de forma autônoma que não venha a prejudicar nenhum outro (pautado no respeito mútuo), mas trate todo humano como fim em si mesmo.

Kant (1980, p. 59) rebate o pensamento de Hobbes ao definir que em um espaço hipotético “tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando tem uma coisa está acima de todo o preço, [...] então tem ela dignidade”.

Deste modo, desconsiderou a objetificação que causa Hobbes ao tratar que o valor estaria no poder de cada um, mas não considera o valor intrínseco deste, o qual Kant chamou de dignidade. Continuou ainda dispondo que consiste em a “dignidade o valor de uma tal disposição de espírito que se põe infinitamente acima de todo o

preço. Nunca ela poderia ser posta em [...] confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade” (KANT, 1980, p. 140).

Na produção kantiana duas palavras (*dignitas* e *die w rde*¹⁷) foram utilizadas para tratar da dignidade sendo que não   possível afirmar que ambas sempre são sin nimas no emprego semântico de seu texto, embora exista um consenso em afirmar que as duas tratam da dignidade não utilitarista da pessoa. Distingue-se dignidade de preo por o primeiro ser algo sem possibilidade de medio econômica, mas ligada ao valor intrínseco e não utilitário, em que existe certo valor normativo contido – dignidade enquanto princípio, noo de autonomia, racionalidade e moralidade, direitos humanos, direitos fundamentais (SARLET, 2015, p. 41).

A proposta kantiana é a mais difundida e utilizada para o fundamento jurídico, porém não é a única. No século XIX, o filósofo alemão Hegel sintetiza a dignidade como uma instância  tica concreta e universal, individual e comunitária a partir de que a pessoa não nasce digna, mas a torna quanto adquire a qualidade de cidadão, resumindo-se na máxima que cada um deve ser pessoa e respeitar os outros como pessoas (SARLET, 2011).

O afastamento da linha kantiana encontra-se pela dignidade em Hegel¹⁸ não ser fundada nos atributos inatos humanos, mas sim em sua capacidade de ser sujeito de direitos, pressupondo a existência de uma organizao social para tal, assim como do diálogo entre sujeito e sociedade (SARLET, 2011, p. 194).

Destarte a dignidade humana ter tido início em discussão na ambiência teológica e religiosa, dispondo a obrigatoriedade sacramental de tratamento do humano como algo digno em razão de espelhar a semelhana de Deus-Criador, possuiu acréscimos com o passar do tempo, tornando-se um conceito mais denso – mais digno sobre o aspecto de dispêndio de tempo para a formao –, percorrendo o

¹⁷ A expressão *die w rde* (subst. fem.) se traduz por dignidade, respeito ou grau acad mico.

¹⁸ Desta vertente filosófica, pode-se atribuir uma dignidade com fundamento na heteronomia, reconhecendo a dignidade humana a partir da percepo objetiva da própria comunidade ou Estado incluído. Valoriza-se o dever de alteridade para justificar o bom senso no tratamento interumanos. Neste sentido obras de Jürgen Habermas (“O futuro da Natureza Humana: a caminho de uma eugenia liberal?”) e Emanuel Lévinas (“Entre Nós: ensaios sobre a alteridade”) foram fundadas, valorizando a responsabilidade do Estado em tutelar os indivíduos de modo digno, porém conforme o interesse coletivo. Visto a dimensão comunicativa da dignidade da pessoa humana, como adiante aborda-se, este texto funda-se na proposio da dignidade pela autonomia da pessoa, atendendo as demais dimensões possíveis.

assemelhamento à honra¹⁹ objetiva em razão da posição social que a pessoa digna ocuparia na sociedade ou, ainda, um aspecto evolutivo, de uma dignidade oriunda da posição superior humana perante os demais seres deste mundo.

Em Kant (1980) o valor intrínseco tornou-se mais palpável visto que sua argumentação lógica propiciou um reconhecimento moral do valor humano, por meio da razão, alcança-se a autonomia e age-se sem tornar o outro um meio, mas reconhecendo o fim em si mesmo.

Reformulando um pensamento de São Tomás de Aquino quanto à necessidade do outro para realização da medida e gradação, visto que a dignidade é uma medida de valor, Hegel dispõe que a dignidade pressupõe a existência de um Direito, na qual os sujeitos dignos são aqueles que recebem a predicação de sujeitos de direito, o que aponta para a estrutura contemporânea jurídica, visto que a dignidade da pessoa humana, reconhecendo os indivíduos de modo concreto, opera-se como o valor-fonte de todo o Direito, como um super princípio jurídico.

2.2.5 Do conteúdo e dimensões da dignidade da pessoa humana

Para apresentação de uma relação pormenor da dignidade da pessoa humana²⁰ a fim de garantir relação temática com a proposta da pesquisa no tocante a admitir que a investigação e interpretação do conteúdo do instituto jurídico se faz necessário para averiguar a constitucionalidade da atuação administrativa nas políticas públicas, alguns conceitos serão, desde já, tratados, fugindo pouco a pouco da esfera filosófica. Entretanto, logo mais, seguindo o método aplicado, a dignidade será abordada enquanto norma jurídica propriamente dita, sendo que todo este conteúdo reportado estará naquele momento presente.

¹⁹Carlos Alberto Bittar (2014, p. 176) destrincha o conceito de honra informando que o bem jurídico protegido é a reputação ou a consideração social que é devida a cada pessoa. Sua finalidade seria permitir a paz na coletividade e a preservação da dignidade humana.

²⁰ Para apresentação de um conteúdo da dignidade da pessoa humana com características contemporâneas e de acordo com a realidade jurídica brasileira, visto que o trabalho pretende relacionar o atendimento da dignidade da pessoa humana nas políticas públicas, serão utilizados como marco teórico neste momento as obras de Ingo W. Sarlet e de Maria Celina B. de Moraes, com os acréscimos pertinentes.

Visto ser um princípio basilar de toda ordem jurídica, a dignidade da pessoa humana encontra-se como vetor de interpretação e objetivo de aplicação de toda a norma jurídica (SCHREIBER, 2013).

A representação de seu conteúdo de forma clara (ou que seja ao menos definível) é de extrema importância vez que, assim como todo conceito amplo e cláusula aberta, não aplicar uma definição estanque a seu conteúdo ou mesmo fazer abranger todas as coisas pode gerar o esvaziamento de eficácia da tutela pretendida.

Mesmo considerando um conceito de contornos vagos e imprecisos caracterizados por sua “ambiguidade e porosidade” (ANTUNES ROCHA, 1999, p.24), a utilização do método e seu reconhecimento proporciona uma melhora significativa na aplicação e efetividade da dignidade da pessoa humana, face à sua aproximação da realidade.

De antemão, estabelecer um conteúdo tangível da dignidade da pessoa humana torna-se deveras complexo e quase inalcançável, porquanto sob o vocábulo “humano” toda a incerteza, falha, fluidez, relativismo, mutabilidade humana estão ancoradas, sendo certo que haja alterações conforme ocorram as construções pessoais e sociais.

Por este motivo, a construção histórica humana constante, atual e futura, deve estabelecer o paradigma de análise respeitando a historicidade característica da dignidade humana. “A proteção da dignidade da pessoa pelo Direito resulta justamente de toda uma evolução do pensamento humano [...], a compreensão do que é ser pessoa e de quais os valores que lhe são inerentes” (SARLET, 2007, p. 361).

A utilização da terminologia “dimensões” para a tratativa de facetas de conteúdo da dignidade da pessoa humana diz respeito à própria complexidade do objeto do valor estudado e o meio no qual desenvolve sua personalidade. Demonstra-se que o objeto dignidade humana integra um conjunto de fundamentos e uma série de manifestações da riqueza da vida e sua heterogeneidade.

Assim, o respeito à individualidade da pessoa e a representação de sua concreitude enquanto indivíduo inserido em uma sociedade é possível, determinável e tutelável pelo direito.

Encarar a dignidade humana apenas como o valor intrínseco de todo humano não contribui significativamente para a sua tutela jurídica estando em desacordo com as demais normas fundamentais da ordem jurídica que, de modo mais ou menos

específico, acaba por apontar para aspectos específicos da vida humana (SARLET, 2007, p. 364).

Princípios e regras apontam para a integridade física, para a intimidade, para a vida, para a propriedade, para a saúde, para a Administração Pública, mas todos demonstram algo que permeia a vida humana, enquanto a dignidade da pessoa humana, ao se posicionar como valor da pessoa, acaba se confundindo no campo jurídico com o próprio sujeito, fugindo da tangibilidade dos demais objetos jurídicos (Barroso, 2016).

A dimensão ontológica da dignidade da pessoa humana trabalha seus aspectos ligados à naturalidade do reconhecimento do valor humano. A dignidade é uma qualidade intrínseca de toda pessoa humana, irrenunciável (pois o humano não pode ser posto como instrumento de interesses de outrem) e inalienável (pois não trata de valoração de preço). É um elemento de caracterização humana irrefutável (SARLET, 2007).

A existência da dignidade humana independe de uma previsibilidade jurídica e gera um juízo de valor social para o respeito, reconhecimento, promoção e proteção. Sob este aspecto, não pode ser criada, concedida ou retirada, pois característica inata e aderida à própria razão de vida. A dignidade humana ontológica pode vir a ser violada ou desrespeitada, não retirando de seu sujeito seu valor, mas impondo-lhe fato abaixo daquele que o valor intrínseco o permitiria no campo da licitude²¹ (SARLET, 2007, p.366-367).

O efeito aderente da dignidade da pessoa humana ao sujeito no campo ontológico implica que até mesmo o maior dos criminosos, ainda que não haja de forma digna, tenha a mesma dignidade humana daquele com conduta ilibada, isto porque a santidade da vida (não no aspecto teológico, mas no reconhecimento de acontecimentos inexplicáveis para a concretização da vida) se encontra nele (DWORKIN, 2003, p.36). Neste sentido a Declaração Universal da ONU (1948) dispõe que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”.

²¹ O não respeito à dimensão ontológica da dignidade da pessoa humana pelo Administrador Público que estipula política pública, manejando orçamento público para o atendimento de melhoria econômica ao invés de prestações que atendam o valor intrínseco humano, da pessoa concretamente considerada, incorreria, sobre este aspecto apresentado, em ilicitude.

Günter Dürig, citado por Sarlet (2007, p.368), dispõe que a dignidade da pessoa humana consiste no fato de que “cada ser humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar sua conduta” e assim estar incluído racionalmente na convivência social.

Sob este aspecto, ainda, aqueles que não possuem consciência ou a possuem com limitação, também, de mesmo modo, são sujeitos de dignidade, visto serem da natureza humana e, portanto, consistirem²² em indivíduos concretos. Assim a dimensão ontológica faz sua ressalva de não, necessariamente, ser biológica, ultrapassando os limites biológicos de algumas pessoas.

Para a concretização da hipótese de repersonalização como dever da Administração na elaboração e implementação de políticas públicas, a dimensão ontológica da dignidade humana possui sua parcela de importância em limitar a vontade do governante quando manifestada no não atendimento de grupos ou indivíduos sem representatividade política. Em razão do valor intrínseco e ontológico de cada um, não é possível a estipulação de atividade pública estatal sem que tenha o direcionamento para todos os sujeitos. Não é permitida a distinção, no sentido de exclusão, de pessoas enquanto alvo de prestação estatal, visto que deixar de atender um indivíduo para o atendimento de outro corresponderia a instrumentalização indigna do ser.

A segunda dimensão apresentada é a dimensão comunicativa, que corresponde a necessidade de relacionamento entre a pessoa humana e o reconhecimento pelo outro. Por a vida humana acontecer em sociedade, o valor humano se faz pelas ações desenvolvidas ao outro. Sob este postulado dimensional, cada pessoa deve ser comprometida em relação com as demais (um conteúdo de solidariedade) sem que isso implique em sacrificar a dignidade pessoal em prol dos interesses da comunidade (SARLET, 2007).

²² Como já demonstrado, existe uma perspectiva hegeliana afirmando a dignidade possuindo como pressuposto o reconhecimento ético, estrutural e jurídico para que a mesma possa existir. A noção de alteridade se faz muito forte para esta corrente, entretanto, o presente trabalho vai se fundar no recorte teórico que dispõe a dignidade da pessoa humana fundada na autonomia racional do indivíduo e não em uma heteronomia, onde a dignidade somente existiria a partir do reconhecimento do outro como dispõe Lévinas. Salvo melhor interpretação, a dignidade heterônoma da pessoa humana retira o seu conteúdo ontológico, não reconhecendo valor intrínseco do sujeito, sendo que o atendimento ao conteúdo proposto do valor altero é atendido na dimensão relacional da dignidade humana.

A noção de alteridade predomina nessa seara promovendo a participação da pessoa nos aspectos da sociedade, a mensuração e limitação dos atos em atendimento ao respeito com o próximo.

Pela interpretação de Sarlet (2007, p.370), tal dimensão promove certa instrumentalização (e nunca completa) do indivíduo necessária para a manutenção de sua própria autonomia em participar das decisões de sua sociedade, promovendo condições por sua contribuição ativa para o reconhecimento da proteção de um conjunto de direitos e liberdades.

A pessoa humana tem, diante do exposto, valor quando utiliza sua individualidade enquanto sujeito, assim como suas percepções humanas para ser ativo na sociedade em que está inserida. Portanto, a dimensão comunicativa ou relacional, imprime direitos e deveres ao próprio sujeito e não somente lhe atribui ou reconhece um valor (SARLET, 2007).

Sob uma percepção moral e jurídica, a dignidade da pessoa está vinculada à simetria das relações humanas, devendo esta possuir recíproca consideração e respeito, vez que a existência do espaço público da comunidade e da linguagem serem necessárias para que o indivíduo se torne dotado de racionalidade (HABERMAS, 2004, p. 63).

Retomando a ideia de valor intrínseco, a proposta da dimensão comunicativa entrega a toda pessoa o dever de comunicar-se a ponto de respeitar o próximo e entrar em uma relação moral com os demais indivíduos (FUKUYUMA, 2003, p.23). O pressuposto da igualdade ocorre na mesma medida que o respeito aos desiguais, por isso trazendo o direito e dever de forma intrínseca a cada um.

Estaria a dimensão comunicativa respeitada no dever do Administrador Público e mesmo nos grupos de pressão política em pensar e agir além de seus interesses políticos próprios, tornando a ação do Estado um plano contínuo de atendimento, aperfeiçoamento e prestação aos interesses da população, sempre considerando seu sujeito individualizado.

A dimensão histórico-cultural da dignidade da pessoa humana é a próxima a ser analisada, visto ser o valor ligado a um ser em constante e imparável construção e aperfeiçoamento que se soma em diversas gerações de vida (SARLET, 2007, p.373-374).

Assim como todo o conceito jurídico amplo e de impossibilidade de definição fixa, a dignidade da pessoa humana apresenta alterações em seu objeto dado à

própria característica humana de apropriação, construção, resolução de desafios, o que, em termos contemporâneos, maximiza-se em razão das novas e crescentes tecnologias, necessitando a todo o momento ser revista a situação fática para análise e reconhecimento de como o valor humano está sendo empregado (SARLET, 2007).

O texto de Sarlet (2007, p.374), citando as obras de Häberle, Isensee, Kirchhof, Heidelberg e Müller, aponta para a corrente que não considera a dignidade da pessoa humana apenas fruto do reconhecimento natural e, portanto, inato, mas também um produto cultural vez que a dimensão cultural vem a complementar a dimensão ontológica.

Pela análise feita até o presente momento, a alteração da cultura e a apropriação de novos conteúdos para a dignidade da pessoa humana dão-se, também, pela própria natureza do objeto valorado, ou seja, a pessoa humana.

Parte da própria natureza da pessoa, predicada por sua humanidade, que seja a todo o momento alterada por conquistar outros conhecimentos, aumentando o esclarecimento e, portanto, evoluindo em sua razão.

A dignidade além de humana, o que atribuiria o valor intrínseco à condição natural a todos os seres humanos, também é da “pessoa”, ou seja, prepondera a importância no sujeito concreto com suas nuances próprias que, com o passar do tempo, são aumentadas ou alteradas.

Relembrando a ligação clássica da *dignitas* com a honra do reconhecimento do sujeito em seu meio, a honra, enquanto direito da personalidade, também possui como característica a historicidade e sua alteração conforme passado lapso temporal (BITTAR, 2014).

A utilização dos contextos históricos da necessidade humana deve, portanto, auxiliar nos critérios de filtragem das políticas públicas e não serem justificadores para anulação da valoração intrínseca do sujeito concreto.²³

A dignidade também possui uma dimensão dúplice, negativa e prestacional, porquanto, simultaneamente manifesta a expressão da autonomia da pessoa humana e a necessidade de sua proteção por parte do ente social (comunidade ou Estado) (SARLET, 2007).

²³ No próximo e no último capítulo o tema de políticas públicas será tratado com maior profundidade, respeitando a temática de repersonalização disposta para este momento. Entretanto, faz-se necessário que, desde já, apontamentos sejam realizados vinculando o resultado da pesquisa à hipótese levantada.

Enquanto tratada a autonomia, está ligada ao ideário de autodeterminação para a liberdade de exercer juízo de valor sobre a própria existência, retoma, assim, o pensamento kantiano, nitidamente o mais difundido na conceituação e elaboração do conteúdo da dignidade da pessoa humana em um aspecto não religioso. Como previa o imperativo categórico que impedia a utilização do humano como instrumento da vontade alheia, faz-se necessária a consequência de haver uma proteção especial àqueles que, em razão do momento ou falha em seu desenvolvimento enquanto indivíduo, (de modo geral os incapazes para o pensamento jurídico), não possuem capacidade de exercício de razão plena (SARLET, 2007, p.376-377).

Esta dimensão vem a corroborar, apresentando-se como ponto de contato entre as dimensões ontológica e relacional, eis que o fato de em algumas pessoas concretamente consideradas não serem encontrados elementos que possibilitem a autodeterminação não pode impedir a valoração do ser enquanto pessoa humana igualmente dignificada.

A doutrina²⁴ costuma tratar como casos difíceis as situações nas quais os sujeitos não possuem capacidade de autodeterminação e precisam ser postos em tratamentos médicos. Para estes casos, o reconhecimento do valor intrínseco de cada vida humana, tratado por Dworkin (2003, p. 306) como santidade ou inviolabilidade, e da sorte que mesmo as pessoas que nunca tiveram, ou já perderam, a consciência da própria dignidade merece tê-la, ainda que tal valoração seja realizada de modo reflexivo daquilo que outro sujeito entenda ser digno para si.

A dimensão deveria representar a aceitação de todos quanto à dignidade da vida humana (caráter ontológico), portanto negativa e o dever de proporcionar e promover dignidade a cada ser em sua concretude, considerado enquanto pessoa. Neste sentido Habermas (2004, p.57) propõe uma distinção entre dignidade da vida humana e dignidade da pessoa²⁵, sendo a primeira referente à coletividade, num

²⁴ Neste sentido Rogério Magnus Varela Gonçalves (2010), Thadeu Weber (2013), Rizzato Nunes (2002), Luis Roberto Barroso (2016), entre outros, sendo que todos, nitidamente, possuem como referencial a obra "Domínio da Vida" de Ronald Dworkin.

²⁵ O posicionamento habermasiano poderia justificar o afastamento do cumprimento de políticas públicas com finalidade de atendimento individualizado, vez que, por distinguir a dignidade da coletividade e da individualidade em conceitos diversos, poderia esperar que o ente público realizasse, prioritariamente, atendimento à necessidade coletiva por se tratar da dignidade humana. Em uma leitura contextualizada, esta argumentação contrária à hipótese do texto seria abatida pela imposição da não instrumentalização do indivíduo e, também, pela natureza de complementação das duas dignidades propostas por Habermas, visto que ambas devem ser atendidas e respeitadas, ainda que reconhecidas sistemáticas próprias.

aspecto supraindividual, a segunda referente ao aspecto individual do ser, ambas tratam e ponderam seus próprios mecanismos de integração de poder.

Ao impor tal dimensão da dignidade da pessoa humana ao Estado, tem-se o fato gerador e fundamento de sua representação ocidental moderna de Estado de Direito, vez que sob o aspecto negativo cabe ao Estado estabelecer seus limites de atuação em relação à vida humana e, quanto ao aspecto prestacional, justificam-se todos os direitos fundamentais, apontada a finalidade de garantir reconhecimento digno para todos. Deste modo, “como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não possa ser reduzida à condição de mero objeto de ação própria e de terceiros, mas também o fato de a dignidade gerar direitos fundamentais (negativos)” (SARLET, 2007, p.378).

Neste aspecto, tornando seu conteúdo e conceito mais densos, além da acepção cultural da dignidade, pode ser alterada conforme o ser humano agrega novos valores e conhecimentos, estabelece um conteúdo mínimo da própria dignidade, sendo este o limite fixo e imutável, havendo o dever do Estado (assumindo assim a “mãe de suas responsabilidades”) de preservar o conteúdo da dignidade humana e promover meios dela ser exercida com fluidez na ordem comunitária (SARLET, 2007).

Comentando Podlech, Sarlet (2007, p. 379) ressalta que o limite imutável da dignidade humana seria aquele valor inerente à santidade da vida, tal qual descrito por Dworkin (2003), e o limite mutável da dignidade seria a cooperação da comunidade e do Estado em proporcionar meios de prestação e promoção da dignidade da pessoa humana²⁶.

Sendo assim, atravessando as dimensões apresentadas da dignidade da pessoa humana - ontológica, comunicativa, histórico-cultural e dualista (negativa e prestacional) -, com finalidade de elaborar um conteúdo não exaustivo ou definitivo, mas concretizável juridicamente da dignidade da pessoa humana, buscar-se a apresentação dos substratos material e axiológico assim como das possíveis pormenorizações cabíveis.

²⁶ Sob este aspecto, pode-se dizer que existirão atividades estatais de prestação para a promoção e proteção do limite imutável, assim como atividades para a promoção e proteção de limite mutável. São bons exemplos as políticas públicas para atendimento de saúde como prestações envolvidas com o valor intrínseco e políticas públicas de fomentação de consumo, como atendimento de prestações mutáveis. Em ordem de priorização, deve-se primeiro atender as relativas a imutabilidade da dignidade da pessoa humana.

2.3 Da normatização da pessoa enquanto sujeito de direitos: da valoração da personalidade.

Avançando na proposta metodológica adotada, visto o desenrolar conceitual da dignidade da pessoa humana enquanto análise de seus elementos constituintes, da consideração concreta da pessoa enquanto sujeito individual – com capacidades e características únicas – assim como a apresentação de seu valor como algo intrínseco não passível de precificação e que adquire um núcleo fixo ligado à própria natureza humana e sua santidade, assim como fatores mutáveis em razão da alteração cultural promovida pela capacidade humana no decurso da história, passa-se a verificar quais as implicações jurídicas sobre a pessoa humana, objetivo primário na tutela jurídica.

Pode-se desdobrar o substrato material da dignidade humana nos seguintes postulados: (a) o sujeito moral ou ético reconhece no outro igual existência e essência; (b) sendo que tal outro merece o mesmo respeito à integridade psicofísica que é titular; (c) por ser dotado de autonomia para se autodeterminar; (d) pertencendo à um grupo social que lhe deve a garantia de não se vir marginalizado (MORAES, 2006, p.117).

O reconhecimento do sujeito ético implica o já citado “juízo de valor” em “dever ser” ator conforme não imprima no outro uma utilidade, mas o trate como finalidade das ações, reconhecendo sua igualdade natural, seu valor intrínseco. Liga-se à dimensão ontológica da dignidade da pessoa humana.

O tratamento ao respeito à integridade psicofísica do outro, mais uma vez, representa o impedimento dogmático de tratativa do outro como meio para obtenção de interesses egoístas. É ligado à dimensão comunicativa da dignidade pessoal, visto que parte do reconhecimento da própria personalidade (tutela da unicidade de características psíquicas e físicas) de cada indivíduo concretamente considerado, promovida pela dialética pessoal existente entre os seres humanos.

O reconhecimento da liberdade autônoma do indivíduo liga-se tanto à dimensão cultural quanto ao primeiro aspecto da dimensão dualista da dignidade da pessoa humana, já que o caminho para a autonomia é a elucidação cultural, o conhecimento capaz de fundamentar um pensamento racional e, pela capacidade de autonomia e para o exercício destes limites nas atividades privadas e públicas devem ocorrer (exemplo dos direitos fundamentais de liberdade, cuja prestação é negativa).

Fechando o liame entre as dimensões e os substratos materiais da dignidade da pessoa humana, em razão do objeto medido pelo valor da dignidade ser o próprio humano, sua vida se organiza em agrupamentos sociais no qual cada sujeito assume a responsabilidade de ser participativo e colaborativo (dimensão da comunicação) e de proporcionar meios para que todos os seus membros possam exercer e serem reconhecidos como dignos (dimensão dualista no aspecto prestacional).

Na busca por tornar o conceito de dignidade da pessoa humana mais concretizável, Moraes (2006, p.119) relaciona os substratos apresentados com princípios jurídicos de conteúdo melhor alcançados: da igualdade, da integridade física e moral, da liberdade e da solidariedade. Não por acaso tais princípios são intimamente ligados aos ideais da revolução francesa que, por sua vez, inspiraram o estabelecimento das dimensões dos direitos fundamentais, considerados a “materialização fática da dignidade da pessoa humana” (ANDRADE, 2007, p. 119).

Ao reconhecer a existência de outros sujeitos iguais, emana o princípio da igualdade. Ao determinar o respeito à integridade psicofísica do outro, o princípio da integridade física e moral vem à baila. Para garantir a autonomia e autodeterminação, o princípio da liberdade é invocado e, por último, em razão da inserção da pessoa em um ambiente social, decorre o princípio da solidariedade.

Seguindo a pesquisa, em primeiro momento o conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana será apresentado, relacionando sua divisão proposta e juridicamente concretizável (igualdade, integridade psicofísica, liberdade e solidariedade). Passando pelo disposto da dignidade da pessoa humana enquanto um princípio jurídico e pela conceituação almejada da pessoa como sujeito e objetivo de toda a ordem jurídica.

2.3.1 Do conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana

Seguindo a proposição de Bodin de Moraes (2006, p. 120-143), a dignidade da pessoa humana se materializa em seus conteúdos ligados ao seu substrato material, sendo eles a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade.

Estará consubstanciado no direito à igualdade, sendo este, portanto, inerente ao conteúdo da dignidade da pessoa humana, o direito de a pessoa não possuir

tratamento discriminatório, mas ser sujeito de direitos iguais aos demais. O ideário de igualdade atravessa os tempos evoluindo da mera igualdade formal – aquela que apenas garante a igualdade entre a lei e o seu destinatário – atingindo a igualdade material, que diz respeito à igualdade de condições de desenvolvimento. Para tal igualdade material – ou substancial – as condições de desenvolvimento das pessoas devem possuir igualdade de condições sociais, econômicas ou psicológicas (FACHIN, 2000, p.283).

A igualdade deve presumir a existência de situações jurídicas subjetivas em que não há uniformidade entre os sujeitos, pois todos são biologicamente diferentes (se não na forma física – em se tratando de gêmeos – nos aspectos psíquicos), demandando meios diferentes de serem tratados pela legislação. O texto de Bodin de Moraes (2000, p. 89-112) apresenta tipos ideais dicotômicos para elucidação didática de diferenças básicas entre as pessoas: cultos e analfabetos, sadios e deficientes, heterossexuais e homossexuais. Sua intenção é da demonstração que o mesmo pensamento legislativo em estabelecer única norma uniforme e generalizada não atenderia os valores dispostos nas pessoas concretamente consideradas (ao menos não os valores culturais que integram a dignidade).

Realizando um juízo de valor, a igualdade não deve atender apenas uma identidade, pois tal vocábulo possui o seu significado semântico no ideal de “mesmos”, igualitários, mas deve buscar o reconhecimento do próximo, promovendo a alteridade da dignidade humana (RICOUER, 1997, p. 91).

Reconhecer as pessoas participantes de culturas minoritárias e respeitar seus costumes seria, também, uma forma de ação esperada pelo conteúdo da igualdade na dignidade humana, visto que, dessa forma, o direito tutelaria as situações pessoais concretas, individualizadas e até contrárias à massa social. Como dito, a dignidade se faz de modo intrínseco, mas também pela construção cultural, sendo que não há justificativa para desvalorização de uma cultura minoritária enquanto entendimento de que esta faz parte da própria personalidade do sujeito.

Neste sentido, Bodin de Moraes (2000, p.124) traz em seu texto o caso no qual uma escola francesa proibiu, sob o fundamento de ferir a laicidade proposta pela instituição de ensino, suas alunas de utilizarem as vestimentas mulçumanas tradicionais. Buscou-se uma identidade e afastou-se o reconhecimento daquele ato como parte integrante das próprias alunas, não sendo promovida a igualdade, pois,

se quisessem utilizar tais vestimentas, não teriam a mesma condição, sendo proibidas de frequentarem aquela escola.

Ao tratar do princípio da igualdade em seu aspecto do reconhecimento da diversidade, necessário se faz realizar a ressalva conceitual de seus termos correlatos, visto que eles devem ser diferenciados o conceito jurídico de igualdade com o conceito fático. O fato de existirem diferenças entre uma cultura majoritária e outra minoritária, por não serem culturas iguais, é diferente da consequência jurídica do descumprimento ao princípio da igualdade em razão das condições de desenvolvimento humano desiguais. “As pessoas e os grupos sociais tem o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”, assim dispõe Sousa Santos (2001, p.12), tratando da igualdade entre grupos culturais diferentes.

Torna-se claro que seu conteúdo de igualdade jurídica²⁷ se liga às dimensões ontológica (reconhecendo a igualdade de condição humana), comunicativa (reconhecendo a igualdade de condição do outro, o tratando com alteridade), histórica (reconhecendo a igualdade de importância das culturas minoritárias) e dualista da dignidade da pessoa humana (promovendo meios de garantir a cultura minoritária assim como impedindo ataques a ela).

Quanto ao princípio de proteção à integridade psicofísica da pessoa humana, tem-se a proteção contra a tortura, contra tratamento desumano em processo penal, a proteção aos direitos da personalidade (vida, nome, imagem, honra, privacidade, corpo, identidade pessoal), compreendendo um estado de bem-estar psicofísico e social (MORAES, 2006, p.127).

Registra-se crítica ao título dado a este princípio, mesmo sabendo que os direitos que ele instrumentaliza são todos bem tutelados em nosso ordenamento, face à incoerência da terminologia “integridade psíquica ou psicológica”, quando tratados dos direitos ligados ao estado sensível humano. Fazendo-se valer dos ensinamentos de Luhmann (1983, p.52-68) quando idealiza seus sistemas de atividade humana, busca-se na psicologia conteúdo para definir a existência de uma real integridade psíquica.

²⁷ Mello (2008,p.52), tratando do conteúdo jurídico do princípio da igualdade afirma que “a lei não pode atribuir efeitos valorativos, ou depreciativos, a critério especificador, em desconformidade ou contradição com os valores transfundidos no sistema constitucional ou nos padrões ético-sociais acolhidos neste ordenamento.” Tal pensamento coaduna com a proposta deste trabalho, visto que relata um dever normativo de respeito e reconhecimento ao valor intrínseco de cada pessoa.

Visto que as pessoas se relacionam com o mundo por estabelecimentos de significados e significantes e que estes podem sofrer alterações (que agreguem felicidade – pulsão ou tristeza - repulsão), conforme a experiência de vida que a pessoa venha a vivenciar, colaborando para a construção do sujeito enquanto pessoa (principalmente em seus aspectos sensíveis humanos e pessoais), é preciso estabelecer uma integridade a um sistema que pressupõe justamente a constante alteração não parece ser a melhor forma de expressar seu conteúdo. Lacan (1998, p. 20-75) aborda o assunto afirmando que o homem é um produto de simbólicos, significados e significantes, havendo uma constante alteração não controlada de significados atribuídos em sua psique. A delimitação do conjunto psicológico como algo íntegro seria, por este aspecto, impossível.

A relevância da crítica é exposta, por exemplo, no reconhecimento de novos danos e na dificuldade de a responsabilidade civil²⁸tutelá-los enquanto danos morais ou uma nova espécie de dano inominado, vez que há dificuldade para o alinhamento de todos os danos como morais, ou de todos os danos não patrimoniais serem capazes de promover um abalo negativo na integridade psíquica humana. Postular que qualquer alteração da integridade psíquica, correspondendo ao princípio da proteção à integridade psicofísica, pode ser um desrespeito à dignidade da pessoa humana é uma afirmação temerária, estando em desencontro com a própria característica de historicidade da dignidade, visto que seu objeto “pessoa” está a todo o momento sendo construído, por abalos à integridade psíquica na maioria das vezes. Parece que uma melhor forma de tratativa seria a “proteção aos aspectos psicofísicos”, seguindo a ideia de evitar abalos psíquicos que afetem o próprio reconhecimento em sede de pessoa ou impeçam o exercício de sua autonomia, o alienando de tal forma a impedir que a sua própria razão lhe proporcione autonomia, pelo menos durante um espaço de tempo que interfira negativamente em seus direitos ou interesses jurídicos.

Este princípio dispõe sobre o limite de disposição do próprio corpo e mente, devendo ser rejeitadas as medidas que lesem a pessoa em sua esfera psíquica e física, tais como a pena de morte, a prisão por dívida civil, as alterações do biodireito, etc. (MORAES, 2006, p.135)

²⁸ Mais sobre este assunto em SCHREIBER, Anderson. Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

O terceiro princípio que revela parte do substrato material da dignidade da pessoa humana é o da liberdade, sendo este ligado à autonomia das pessoas, exposto como dever negativo de atuação, ou seja, a assunção do dever de não agir de modo a interferir na liberdade dos sujeitos. O vocábulo “autonomia”, com significado daquele que normatiza a si mesmo, não tem relação com a prevalência da vontade individual sobre qualquer custo, até porque tal fato impossibilitaria a vida em sociedade.

A autonomia pessoal diz respeito à capacidade ligada à racionalidade intrínseca do ser humano (que pode ser desenvolvida e ampliada graças ao esclarecimento) de realizar juízo de valor e, assim, agir de modo a não ser instrumentalizado nem, tampouco, instrumentalizar os demais. Desta forma, em uma comunidade ou Estado, a autonomia possui um limite, que é a vida do outro, o próprio reconhecimento da dignidade de outra pessoa. (WEBER 2013, p. 28-30).

Este limite se impera, também pelos demais direitos fundamentais (eficácias vertical e horizontal). Interessante expor que, superada a dicotomia clássica entre direito público e direito privado (GIORGIANNI, p.46) o reconhecimento da dignidade da pessoa humana expõe o limite de liberdade tanto entre sujeitos particulares quanto ao próprio Estado. (SARLET, 2009, p. 362).

O princípio da liberdade individual se consubstancia na perspectiva de “privacidade, de intimidade, de livre exercício da vida privada. Liberdade significa, cada vez mais, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, mais o projeto de vida, exercendo-o como melhor convier” (MORAES, 2006, p.138).

O quarto aspecto da dignidade seria o princípio da solidariedade, que emerge após o período mundial de pós-Guerras, diante das atrocidades ocorridas contra as vidas humanas que foram instrumentalizadas em prol do interesse dos líderes dos países participantes das grandes guerras mundiais.

Seu conceito enquanto jurídico surge após a referência da previsão do “crime contra humanidade”, quando se iniciou um pensamento global em sentido de humanidade, de coletividade como objeto de tutela jurídica (MORAES, 2006, p.138). Para tanto, encaixam-se o reconhecimento dos valores das minorias, do meio ambiente, da colaboração entre os povos quanto ao domínio de tecnologias ou informações que afetem uma razão coletiva de povos.

Estabeleceu-se seu reconhecimento constitucional no Brasil com a atual Constituição, em 1988, sendo incluído, além da disposição genérica no artigo 1º, III

da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, em seu artigo 3º, como princípios fundamentais, no inciso I estabelecendo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e no inciso III estabelecendo a finalidade da erradicação da pobreza e da marginalização social, assim como a redução das desigualdades sociais e regionais.

Assim, oriundo da dimensão comunicativa da dignidade da pessoa humana, assim como da dimensão dualista no aspecto do dever de prestação para proporcionar os melhores meios de exercício da dignidade das pessoas, o princípio da solidariedade se põe como um freio à liberdade e um imperativo de interpretação das normas (MORAES, 2006, p.139).

Interessante, ainda, dispor do entendimento de Bodin de Moraes (2006, p. 140) ao elencar dois substratos do princípio da solidariedade, sendo o fático na necessidade de coexistência humana e o axiológico na consciência racional dos interesses em comum para cada membro desta sociedade.

2.3.2 Da pessoa enquanto sujeito de direito: o início da personalidade

Desenvolvida a situação fática e axiológica da pessoa humana e apresentada uma consubstanciação de aspectos da dignidade da pessoa humana reconhecidamente tutelada pelo direito, apresenta-se, neste momento, a pessoa enquanto sujeito de direitos, iniciando por sua consideração com vida.

A vida é um direito fundamental²⁹, natural ao ser, pilar dos sistemas normativos ocidentais. Expandindo o conceito, em qualquer sociedade, os fatores bióticos possuem relevância para a sustentabilidade e perpetuação das espécies e do planeta, denotando a importância de qualquer ser vivente e o dever jurídico deste ser tutelado. Para fins de objetividade, o trabalho apenas tratará da vida humana.

São algumas as teorias que se dedicam a delimitar o momento de início da vida humana, sendo que, conforme se dispõe de um melhoramento biotecnológico, outras tem surgido como especificações temporais das que já existiam.

Apresentando as principais teorias em ordem cronológica do momento da consideração da vida, vislumbra-se a Teoria da Concepção ou Fecundação como a

²⁹ A pormenorização da teoria e conteúdo dos Direitos Fundamentais é abordada no segundo capítulo deste trabalho

teoria que considera a vida no momento da criação de um novo genótipo humano, o momento da união dos gametas dos progenitores havendo potencialidade genética para o desenvolvimento de um novo ser.

Martínez (1998, p.34), que utiliza em sua obra a denominação “Teoria da Fecundação ou da Formação do Genótipo”, traz como fundamento biológico para a adoção dessa teoria que os descobrimentos biológicos apontam que o surgimento de nova vida ocorre com a penetração do espermatozoide no óvulo, sendo esta distinta de seus progenitores por possuir um patrimônio genético único e inédito, de mesmo modo irrepetível. A partir do momento descrito, um processo autogovernado, uniforme, é iniciado e dirigido pelo próprio embrião, possibilitando saltos qualitativos que concluem ser uma nova vida humana.

Segundo o Pacto de São José da Costa Rica (1969) e a Convenção dos Direitos da Criança (1989), “a existência das pessoas começa a partir do momento da concepção. De acordo com esse pensamento, a partir da união dos gametas masculino e feminino, passa a existir um novo ser, uma pessoa individualizada e distinta de outro indivíduo.”

A Teoria da Nidação considera a vida a partir do momento que o embrião fecundado fixa-se ao véu intrauterino, sendo que biologicamente, somente desde ponto em diante que haverá possibilidade de desenvolvimento embrionário. Esta teoria justificaria a ausência de criminalização de práticas anticoncepcionais como a utilização de DIUs ou das denominadas pílulas do dia seguinte. Foi a teoria adotada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 3510 que tratou da regulamentação da utilização de embriões humanos para extração de células-tronco. A conclusão do STF foi que não existe possibilidade de desenvolvimento de vida antes da nidação, portanto, não incide qualquer penalização do descarte de embriões manuseáveis.

Em sentido parecido, dispõe que o delito de aborto não ocorre em razão de seu objeto material ser o produto da fecundação (ovo, embrião ou feto), iniciando a vida intrauterina com a nidação, ou seja, o momento de implantação do ovo no útero materno. Fato é que a venda de DIUs e pílulas anticoncepcionais que impeçam a implantação do ovo no útero não é passível de apenamento jurídico, sendo que, se de diversa forma fosse entendido, seria considerado vida antes deste momento. (MIRABETE, 2001, p.240).

Um desdobramento da nidação é disposto pela Teoria da Gastrulação ou Embrionária, sendo que, nesta fase, após a nidação, o embrião desenvolve diferenciação de células e inicia a linha primitiva, que futuramente criará o sistema nervoso central (SCHOENWOLF, 2009, p.4).

Ainda seguindo a cronologia biológica do desenvolvimento embrionário, vem a Teoria da Formação dos Rudimentos do Sistema Nervoso Central, ou Teoria Neurológica, que adota como momento da iniciação da vida dois critérios: o primeiro seria o critério análogo ao momento da morte e o segundo o critério da individualização. Se a morte é conhecida como a ausência de funcionamento do córtex cerebral, a vida seria o momento de seu funcionamento, ou seja, nesta fase iniciam-se as primeiras atividades do sistema nervoso central. É também neste momento que o embrião fica impossibilitado de se redividir ou fundir, demonstrando situação de uma vida individual (BALABAN et al., 2012, p.858).

Na atualidade surge uma hipótese que leva em conta, basicamente, qual foi o momento em que se iniciou a translação de informação genética correspondente ao sistema nervoso central, já que este é considerado marco da capacidade de vida humana. Afirma-se que a partir do quarto mês de vida intrauterina é que aparecem células rudimentares que formarão o sistema nervoso central humano, formando um projeto de córtex cerebral pela apresentação de uma linha primitiva ou sulco neural. Sob este aspecto, a partir desse momento poder-se-ia definir um momento para o início da vida e, portanto, da proteção jurídica (MARTINEZ, 1998, p.44).

A Suprema Corte dos Estados Unidos possui precedente de considerar a vida sob uma Teoria Ecológica, pela qual somente considera-se existência de vida quando o feto possuir potencialidade de sobreviver em um meio externo ao útero de sua genitora. Neste argumento, admite uma personalidade do indivíduo formal ou condicional, garantindo titularidade de direitos existenciais (quanto à sua vida, sua potencialidade, sua própria existência) e não permitindo titularidade patrimonial antes do completo nascimento (MUTO; NARLOCH, 2005, p.13).

Tal ótica vem contrária à teoria neurológica por considerar a vida só a partir de uma situação de autonomia ou de sua potencialidade, ou seja, somente a partir da capacidade biológica de viver em ambiente externo ao corpo materno (o que ocorre com a formação dos pulmões do feto, por volta da vigésima até a vigésima-quarta semana de gestação), o feto poderia ser considerado uma vida humana (ANDRADE, 2007, p. 32).

Por fim, a Teoria Natalista, sendo a expressamente adotada pelo Código Civil Brasileiro, considera vivo o indivíduo que nasceu com vida, respirando fora do ambiente intrauterino. A legislação civil pátria ainda ressalva os direitos do nascituro, mesmo que este ainda não tenha nascido. Conforme o Art. 2º do Código Civil: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Em que pese a existência de várias teorias, não é possível, ainda, a adoção de apenas uma delas, pois conforme os interesses e valores ponderados, mesmo o direito adota uma ou outra.

Consoante o exposto anteriormente e contextualizando a temática do início da vida tratado neste momento, é possível, ainda que não haja uma pacificação teórica sobre o ponto, visualizar a existência singular de células embrionárias com vida, sendo passíveis de serem objetos de tutela jurídica.³⁰

Em um aspecto da modernidade filosófica, o sujeito seria o portador de toda a racionalidade, aquele que observa a ordem das coisas sendo que, neste fundamento, toda a ordem política e jurídica foi construída. O sujeito poderia ser abstrato, de acordo com o ideário iluminista, reconhecido de potencialidades inerentes à sua autonomia e individualidade (WEBER, 2013, p. 12-14). Introduzido pelo Código Civil de Napoleão, o conceito de sujeito de direito foi influenciado pelo espírito iluminista, denotando sujeito de direito como alguém essencialmente abstrato e descolado de facticidade, sendo aquele que possui relação jurídica com alguma propriedade. Diante da ética kantiana, a pessoa e o sujeito seriam equivalentes, pois fundados na racionalidade e na naturalidade pessoal, não podem ser instrumentalizados, portando são sujeitos de si mesmos (FACHIN, 2010, p. 106).

Ainda dispõe de modo crítico o texto de Fachin (2010, p. 107-108), segundo o qual o sujeito de direito seria, no pensamento de Savigny, a pessoa com potencialidade para criação de direitos e deveres subjetivos. Que sujeito de direito é aquele que possui relacionamento jurídico com outros sujeitos ou com determinados

³⁰ Não é o mote deste trabalho, mas a situação empregada inúmeras vezes em que as células embrionárias são instrumentalizadas em prol dos interesses dos pais, pela teoria exposta até o presente momento, denotaria uma ausência de dignidade humana empregada. Neste sentido, criticando tal liberalismo da vontade humana em instrumentalizar suas células, ainda que as mesmas tenham potencialidade de desenvolver vida pessoal, Habermas estabelece um interessante panorama em sua obra “O Futuro da Natureza Humana, 2004”.

objetos, sendo como pessoa, arquitetado para produzir direito sobre as coisas, chegando à máxima kantiana: “o que não é sujeito, é objeto”.

Em diálogo com as ponderações acima expostas, o reconhecimento de incapacidades de algumas pessoas em produção ou manifestação fática de sua autonomia desfaria a situação de “sujeito de direito”. A imposição da jurisdicionalização do valor fundamental humano como a dignidade da pessoa humana estaria, sob um viés interpretativo, sendo descumprido por não considerar o valor intrínseco das pessoas (mesmo as sem poderes de criar direitos ou deveres em razão de incapacidade jurídica), falhando nos aspectos ontológicos e de alteridade da própria dignidade da pessoa humana.

Desta forma, a pessoa humana como objeto de tutela do sistema jurídico – por ser posta a este como bem fundamental cujo todo o sistema deve atender – emana como sujeito de direitos – por ser a sua determinação volitiva racional, pautada em seus aspectos naturais, na alteridade de reconhecimento, na construção histórica de personalidade, na necessidade de autonomia e de igualdade de condições para o seu desenvolvimento – diante de um sistema contemporâneo que reconhece por cláusulas gerais de tutela³¹ (como a do princípio da dignidade da pessoa humana) a facticidade do sujeito individualmente considerado. A vida humana adentra ao Direito com proteção jurídica desde a concepção, qualificada tal proteção após o nascimento, sendo, desde então, sujeito de proteção de sua dignidade.

Para perseguição da lógica proposta, uma vez que neste capítulo os aspectos sobre a repersonalização, possuindo no princípio da dignidade da pessoa humana seu maior fundamento e meio de alcance de proteção jurídica e política, tem-se no capítulo seguinte a tratativa sobre os direitos fundamentais e as políticas públicas, apresentando o desenrolar jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana estruturado enquanto direitos autônomos fundamentais e sua interferência no desenvolvimento de políticas públicas, tanto sob o aspecto administrativo quanto no aspecto jurídico.

³¹ Neste sentido Ingo W. Sarlet (2011, p.107) “Torna-se impossível reduzir a uma fórmula abstrata e genérica aquilo que constitui o conteúdo da dignidade da pessoa humana”, devendo ser considerado, também, o sujeito de direito como uma pessoa única, individualizada, concretamente considerada sob pena de haver “efetiva agressão contra a dignidade da pessoa humana”.

3 AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Apresentada a pessoa como ente central de tutela jurídica, visto que deve ser tratada conforme sua concreta individualidade por possuir um valor intrínseco e único não passível de monetarização - correspondente à impossibilidade ética e jurídica de ser utilizada como meio ou instrumentalizada à mercê da vontade alheia – disposta como sujeito de direitos que respeitem e atendam suas características naturais, pessoais, históricas, garantindo a liberdade e autonomia, assim como direitos que sejam prestados pelo Estado para possibilitar sua igualdade de condições, neste momento como pressuposto lógico parte ao tratamento dos direitos fundamentais sociais e da estruturação jurídica das políticas públicas.

Enfrentada a questão da repersonalização de direitos enquanto mandado constitucional inerente ao Estado Democrático de Direito, apresentam-se os direitos fundamentais com dupla justificação para o desenvolvimento da temática e tratativa de seus objetivos: são eles direitos que possuem o arcabouço de tornar factível a dignidade da pessoa humana por meio de prestação do Estado e, também, são a gênese jurídica da limitação do poder do governante expresso como vontade do Estado.

As formas de prestação estatal escolhidas como recorte nesta pesquisa, são as viabilizadas pelas políticas públicas, em que possuem no rol de direitos sociais todo um catálogo de obrigações assumidas pelo Estado e impulsionadas como direitos subjetivos públicos às pessoas individualmente tratadas.

Ainda dispõem os Direitos Fundamentais, a limitação essencial da vontade do governante e da atividade do Estado perante os sujeitos individualmente considerados, por possuir construção que vai além da ênfase ao valor intrínseco da pessoa humana, mas alcança a necessidade de o Estado dever servir aos seus cidadãos, e não a razão contrária dos cidadãos servirem ao Estado instrumento da vontade de seu governante.

A dignidade da pessoa humana, sendo um valor basilar do sistema jurídico, possui nos direitos fundamentais um instrumento de concretização e uma via que busca proporcionar a faticidade de sua aplicabilidade. Por sua vez, dentre os direitos fundamentais de um sistema jurídico, alguns tratam de tutelar atividades e fatos que

dependem de prestação externa, justificada no reconhecimento do valor intrínseco do próximo, assumindo o Estado a responsabilidade para efetivar tal prestação. Estes são os direitos fundamentais sociais, que representam a prestação que objetiva proporcionar condições de desenvolvimento humano e igualdade para alcançar o pleno esclarecimento e autonomia (SILVA, 2006, p.285-287).

Os direitos fundamentais sociais se justificam no substrato axiológico da dignidade da pessoa humana em sua dimensão comunicativa, visto que oriundos da relação entre Estado (comunidade) com as pessoas concretamente consideradas, atingindo na integridade o conteúdo proposto do substrato material da dignidade da pessoa humana. São pelos direitos fundamentais sociais que a igualdade material é proporcionada entre os sujeitos de modo a garantir um desenvolvimento psíquico e físico funcional – no sentido, por exemplo da prestação de educação e de atendimento à saúde, são eles os principais efetivadores do dever de solidariedade, no qual toda a sociedade atua custeando serviços básicos prestados pelo Estado e, dessa forma, garantem um contexto social para o desenvolvimento de cada indivíduo concretamente considerado.

Desta forma, este capítulo contextualiza os direitos sociais em seu gênero de direitos fundamentais, sob a ótica de serem substratos materiais da dignidade da pessoa humana e, portanto, possuírem a pessoa como sujeito de tutela jurídica principal. Após, por decorrência dedutiva, demonstra as políticas públicas como responsáveis pela definição de como a Administração Pública como órgão motor do Estado se organiza para a escolha e efetivação de tais direitos.

3.1 A construção histórica dos direitos fundamentais

O pressuposto histórico de existência dos direitos fundamentais são os direitos naturais, de mesmo modo que seu pressuposto formal é a existência de um Estado constitucional, entretanto, seus ideários remetem desde uma fase “pré-histórica”, da cultura religiosa cristã, da cultura clássica romana, estoica-grega. Dos primórdios da cultura judaica, emerge a ideia de igualdade entre todos, vez que todo humano foi criado por Deus e a sua imagem e semelhança (COMPARATO, 1999).

Da cultura clássica greco-romana, surgem os fundamentos da liberdade e da própria dignidade humana, em que a base democrática era o homem livre e dotado

de individualidade (autonomia). Da religião cristã, face à igualdade de todos perante Deus e a não distinção do sacrifício de Jesus perante toda a humanidade, inicia-se o fundamento da unicidade da humanidade, que vem a ser a própria solidariedade (COMPARATO, 1999, p.1-55).

Durante a Idade Média, pensamentos como o de Santo Tomás de Aquino justificaram um embrião do jusnaturalismo, ainda ligado à religião, apresentando os seus conceitos de direito natural – aqueles ligados aos critérios criacionais – que limitavam a atuação dos governantes em relação aos seus súditos, sendo que o descumprimento desse dever de respeito à criação divina justificaria o descumprimento pela população às normas dos governantes – seu conceito de direito positivo (SARLET, 2011, p.38).

Mesmo no direito positivo, conteúdos materiais relativos ao direito natural passavam a integrar alguns documentos esparsos como a Bula de Ouro da Hungria, o Privilégio General de Pedro III e a *Magna Charta* do Rei João Sem-Terra que previa embriões jurídicos do direito ao devido processo legal, ao *habeas corpus* e à propriedade, além da possibilidade de reconhecimento de alteração de *status* social (em uma sociedade estratificada) do sujeito que possuísse direitos vinculados a si por sua condição de nascimento (herança), devendo ser livre para o exercício destes direitos (ANDRADE, 2007, p.25).

Nos séculos XVII e XVIII, formou-se uma doutrina jusnaturalista que desmembrou seu conteúdo da religião, atingindo toda a humanidade com suas conquistas filosóficas e não somente aqueles que professassem à fé cristã³². O direito natural concretizava-se, em razão do valor intrínseco das pessoas humanas, um limite para a não instrumentalização de qualquer pessoa, justificando o pensamento iluminista ao direito de resistência. Os direitos da personalidade apareciam como desdobramento de conteúdo destes direitos naturais, principalmente no tocante à integridade corporal, à imagem, à autodeterminação, à tolerância religiosa, à liberdade de manifestação, à liberdade de imprensa, à supressão da censura (LAFER, 1991).³³

³² Celso Lafer (1991, p.121) elenca como fundamentais os ensinamentos, para a laicização do direito natural, de Vitorias y las Casas, Vázquez de Menchaca, Francisco Suárez e Gabriel Vázquez, vez que os mesmos impulsionaram o pensamento de Hugo Grócio em seu apelo à razão como fundamento último do Direito.

³³ Tal entendimento é retirado da produção de Klaus Stern intitulada “*Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*”.

Ainda surgiam apontamentos sobre a igualdade humana e a soberania da vontade popular, sempre com fundamento em tornar cativo o poder Estatal desmedido em razão do valor da pessoa humana. Na produção de Lord Edward Coke (1552-1634), o então juiz e parlamentar afirmou que, em contrapartida às prisões arbitrárias, todos os cidadãos ingleses possuíam “*fundamental rights*” às suas liberdades pessoais, assim como ao direito de propriedade. John Locke (1632-1704) incorpora o pensamento afirmando serem direitos naturais e, portanto, inalienáveis a vida, a liberdade, a propriedade e a resistência (SARLET, 2011, p. 39-40). A resistência no pensamento iluminista era atrelada à propriedade, pois somente os proprietários tinham bens para sujeitar o governo a não interferência em sua plataforma de desenvolvimento de vida livre.

O desenvolvimento dessa plataforma mínima, vinculada aos então direitos naturais, justificou a teoria contratualista, repassando ao Estado pelo contrato social o dever de proteger as vidas privadas e suas propriedades e liberdades, inclusive sujeitando-se a esta proteção. Mais tarde, Paine popularizou o termo “direitos do homem” como sucessor do termo direitos naturais (LAFER, 1991, p.122-123).

Uma série de documentos surgiu, demonstrando um aumento na importância desses direitos discutidos em ambiente de reconhecimento humano, positivando notas de liberdade para a manifestação de vontade, de credo e de disposição de propriedades, influenciados pela Reforma Protestante, que impulsionou a discussão das liberdades individuais possuindo o mote da liberdade religiosa, sendo os principais: Édito de Nantes (1598), Paz de Augsburg (1555), Paz de Westfalia (1648), Ato de Tolerância de *Maryland* (1649) e de *Rhode Island* (1663) (ANDRADE, 2007, p.26).

A doutrina aponta, ainda, importância das influências da Reforma Protestante, pois com a secularização (laicização) do direito natural e a individualização dos privilégios estamentais, foi possível o início da consideração do sujeito em concreto e o reconhecimento com garantia jurídica dos direitos fundamentais³⁴ (SARLET, 2011, p.42).

³⁴ Em que pese o Sarlet utilizar em seu texto a terminologia “direitos fundamentais”, ao que parece extraída de seu estudo na obra de H.P. Schneider (REP n° 7, 1979, p.9), estes direitos não podem ser enquadrados como os modernos direitos fundamentais, pois poderiam ser revogados arbitrariamente pela autoridade monárquica.

Somente com o *Bill of Rights* (1689), precedido do *Petition of Rights* (1628) e do *Habeas Corpus Act* (1679), que definiu como direitos naturais ao seu povo todo o reconhecimento legal da Inglaterra, fundado em maioria no próprio reconhecimento dos costumes realizados, em razão de confronto entre o Parlamento e a Coroa inglesa para firmar a liberdade e a garantia de propriedade, realizando limitação ao poder do governo (ANDRADE, 2007, p.26).

Importante apontar que dentro do mesmo lapso temporal até aqui desenvolvido, um crescimento no reconhecimento dos valores humanos – o que surge com a doutrina religiosa da igualdade no criacionismo divino e universaliza com a racionalidade kantiana cujo pressuposto é a autonomia (BOBBIO, 1992, p.86) – e um aumento de textos normativos que apontava limitações ao governo em prol de um aumento de liberdade dos cidadãos – está não ligada, *in prima facie*, ao valor inerente da humanidade, mas sim à propriedade e interesses burgueses – demonstram um início do conceito de direitos humanos (ou do direito do Homem ou direito natural) e um início do que viria a ser considerado como direitos fundamentais, em que pese, até então sua “fundamentalização não se confundir com a fundamentalidade em sentido formal, inerente à condição de direitos consagrados nas Constituições escritas (em sentido formal)”(SARLET, 2011, p.43), pois não possuíam natureza soberana, não limitando a atividade do Parlamento, somente da Coroa.

Com a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia (1776) e, logo após, com a Declaração Francesa (1789) tem-se o primeiro reconhecimento de direito fundamental constitucional no sentido formal adotado³⁵, vez que se revestia de soberania e eficácia perante todos os pontos de Poder, inclusive em relação à representação popular, tutelando os direitos naturais de todos os que, por razão de sua humanidade, possuem valor intrínseco de pessoa humana (SARLET, 2011, p.43).

Visto que, primeiramente, o reconhecimento da necessidade de liberdade para uma plataforma na qual fosse possível uma vida potencialmente digna, em razão do reconhecimento do valor da pessoa humana e da busca por sua efetivação, tornou possível uma discussão sobre a universalidade de características intrínsecas e, por consequência, direitos universalizados vinculados à condição de humanidade.

³⁵ Somente em 1791 o texto foi incorporado à Constituição e afirmado pela Suprema Corte, embasando o Controle de Constitucionalidade, conforme assina Ingo Sarlet remetendo aos ensinamentos de M. Kriele, *in FS Für Scupin*, p.207-208.

Em segundo momento, não na relação temporal, pois, como toda a construção social, os fatos que embasam as alterações paradigmáticas demoram certo tempo para tomar expressões generalizadas, mas surgem aos poucos e em espaços difusos, a gênese do direito fundamental positivo dizia respeito e se vinculada à liberdade para utilização da propriedade burguesa sem que a monarquia viesse a utilizar do seu poder sobre a propriedade privada, demonstrando, em ambas as justificativas – tanto do direito natural quanto do direito positivo de liberdade – uma limitação ao Estado tutelada de modo a proporcionar um desenvolvimento de vida, de igualdade e assim, da própria autonomia.

Em que pese uma definição conceitual ser apontada adiante, em vista da necessidade da demonstração construtiva das dimensões dos direitos fundamentais, baseada pelo desenrolar histórico apresentado, pode-se apresentar os direitos fundamentais como sendo aqueles direitos inerentes à condição humana (relativos à dimensão ontológica da dignidade da pessoa humana), que positivados no diploma constitucional vem a reconhecer sua eficácia de modo generalizado (relativo à dimensão comunicativa da dignidade da pessoa humana), gerando ao Estado e a todos os demais o dever se limitar perante as liberdades individuais (relativo à dimensão dualista sob o aspecto negativo) e de garantir condições de igualdade social e desenvolvimento (relativo à dimensão dualista sob o aspecto positivo).

São, portanto, universalizados no sentido de serem opostos a todos os níveis de Poder e pessoas sob a égide constitucional, intransferíveis e inalienáveis por serem fundados em um valor repersonalizante soberano: a dignidade da pessoa humana.

3.1.1 A organização didático-histórica das dimensões de direitos fundamentais

Almejando a apresentação de um conceito do que seria para a realidade jurídica brasileira os direitos fundamentais e, também, de seu conteúdo para, assim, destacar quais seriam os direitos fundamentais sociais a serem prestados pelo Estado por meio de suas políticas públicas, deu-se por escolha a apresentação de breve digressão sobre as dimensões dos direitos fundamentais.

É adotada a nomenclatura menos criticada por reconhecer em seu conteúdo semântico que os direitos fundamentais não são superados a cada alteração paradigmática, mas se complementam e somam em sua carga histórica. A

terminologia “dimensão³⁶” englobaria a complementaridade entre os direitos fundamentais, a liberdade sendo complementada pela a igualdade (verdadeira a dialética entre ambas), assim como a solidariedade complementando e, também, complementada por ambas em seu conteúdo e significado (BREGA FILHO, 2003, p 25-26).

Uma nova dimensão de direitos fundamentais não tem o condão de excluir a anterior, mas sim de complementá-la em prol da dignidade humana (BOBBIO, 1992, p.33).

A atribuição da divisão didática em três iniciais dimensões foi dada a Karel Vasak que em sua aula inaugural do Curso do Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo, apropriou-se da lógica da divisão da Revolução Francesa – *Liberté, Egalité, Fraternité* – demarcando cada família de direitos em relação a cada dimensão nomeada com um dos lemas (BONAVIDES, 2004, p.577).

Encontrando respaldo filosófico na doutrina iluminista e liberal-burguesa, cujos principais representantes foram Hobbes, Locke, Rousseau e Kant, os direitos fundamentais de primeira dimensão são aqueles que surgem como limite de atuação ao Estado em razão da liberdade de seus indivíduos (BONAVIDES, 2004).

É o direito do sujeito se defender quando o Estado estiver ultrapassando os limites designados e adentrando em sua esfera de autonomia. São os direitos de cunho negativo, ou seja, uma abstenção do Estado em utilizar o seu poder contra as liberdades e autonomias individuais (LAFER, 1991, p. 126).

Bonavides (2004, p. 517) trata os direitos fundamentais de primeira dimensão como direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, eis que o seu titular

³⁶ As terminologias “geração” e “dimensão” são constantemente utilizadas para designar patamares de divisão temática dos direitos fundamentais ou mesmo dos direitos humanos (em cunho internacional). A crítica se exprime em o vocábulo “geração” denotar um conteúdo semântico de superação de seu respectivo conteúdo anterior, como se os direitos de nova geração viessem a revogar ou tornarem obsoletos os direitos de geração passada, dado a sua ligação com aspectos temporais extraídos da própria palavra. Como os direitos fundamentais apresentam como característica a historicidade – revelando que é um conceito em constante construção pelo passar do tempo e alteração dos valores sociais – é falsa a percepção de que o reconhecimento de uma nova geração de direitos fundamentais estaria condenando ao desuso a geração anterior. Neste aspecto, a terminologia “dimensão” pela não capacidade de exclusão dos seus antecessores históricos mas de aglutinação com os novos conteúdos, além de adicionar uma nova perspectiva para a interpretação, é a mais utilizada atualmente, não implicando divergências doutrinárias sobre o conteúdo. Em razão da costumeira utilização da terminologia “dimensão” na ciência jurídica para tratar de aspectos interpretativos diferentes sobre a mesma natureza jurídica estudada, Romita (pp.89-90), por exemplo, prefere a utilização do termo “família” de direitos fundamentais.

poderia utilizar de medidas positivadas³⁷ para insurgir contra qualquer prática estatal que houvesse turbado suas liberdades. São os direitos civis e políticos (direito de voto, de participação política, capacidade eleitoral), ligados à liberdade (individual e coletiva – de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc.), ao direito à vida, à propriedade, à igualdade (formal - perante a lei – devido processo legal, *habeas corpus*, direito de petição), possuindo ligação com os denominados direitos naturais³⁸ (BONAVIDES, 2004, p.517).

A segunda dimensão de direitos fundamentais traz em seu bojo os direitos econômicos, direitos sociais e os direitos culturais. Costumeiramente todo o seu conjunto é denominado apenas de “direitos sociais”, decorrente de ser a efetivação do princípio da justiça social por parte do Estado, ou seja, o reconhecimento da igualdade não apenas formal (perante a lei), mas da igualdade material que considera os indivíduos de modo concreto (SARLET, 2011, p.47-48).

Destaca-se, desde logo, que são os direitos sociais o principal núcleo temático das políticas públicas, sendo que, enquanto problemática tratada, está a legitimidade dos critérios do Estado na escolha de quais destes direitos e quais serão os destinatários que os receberão.

A discussão jurídica da segunda dimensão deu-se no Séc. XIX (em razão da demanda de reconhecimento de direitos por movimentos sociais e de embriões constitucionais esparsos. Citam-se como exemplo as Constituições Francesas de 1793 e 1848, a Constituição Brasileira de 1824 e a Constituição Alemã 1849) e efetivou-se de modo generalizado no Sec. XX em razão do segundo pós-Guerra (SARLET, 2011).

Seu conteúdo abraça uma demanda prestacional do Estado, no qual além da omissão (aspecto negativo) de não interferir nas liberdades individuais e coletivas como prega a primeira dimensão, deve promover (aspecto positivo) meios de garantia para as liberdades de primeira dimensão, promovendo, ainda, a igualdade material (utilizando de prestações de educação, saúde, segurança, transporte, assistência social, trabalho), as liberdades sociais (sindicalização, direito de greve), o reconhecimento dos direitos dos trabalhadores (férias, repouso semanal remunerado, salário mínimo, limitação na jornada de trabalho)(SARLET, 2011, p.48), de modo a

³⁷ Para exemplo, tratam-se dos remédios constitucionais como o *Habeas Corpus*, o mandado de segurança, o *Habeas Data*, a ação popular.

³⁸ Neste sentido, também Celso Lafer (1991, p.127).

proporcionar igualdade de condições para que os indivíduos possam desenvolver-se e alcançar uma autonomia verdadeira³⁹.

A terceira dimensão de direitos fundamentais compreende aqueles denominados de direitos de solidariedade ou fraternidade e tratam da alteridade como direito fundamental, ou seja, desprendem-se da figura individual do sujeito e visam à proteção dos grupos coletivos (e difusos) humanos. Sarlet (2011, p. 48) apresenta que seriam os destinatários dos direitos fundamentais de terceira dimensão “a família, o povo, a nação”.

Bonavides (2004, p. 523) afirma que o destinatário dos direitos fundamentais de terceira dimensão seria todo o gênero humano, sendo seu conteúdo o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural (mesmo de grupos minoritários⁴⁰), à comunicação.

Em razão da necessidade de união transindividual para a proteção de direitos fundamentais de terceira dimensão, este afasta (sem diminuir a importância jurídica e axiológica da consideração do indivíduo em concreto) a titularidade individual do direito, sempre tratando de direitos coletivos ou difusos⁴¹. Também por esta razão, sua positivação constitucional não é tão expressiva quanto às dimensões anteriores, guardando ao Direito Internacional maior parcela de construção e positivação (SARLET, 2011, p. 49).

A partir da terceira dimensão, a doutrina⁴² se posiciona de um modo não uniforme quanto ao conteúdo do que seria a quarta ou quinta (até mesma de uma

³⁹ Ainda que de modo singelo, respeitando o já apresentado até o momento nesta pesquisa, importante destacar a unicidade de fundamentos históricos do reconhecimento da pessoa humana enquanto matéria jurídica e sua valoração pela dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. Ambos conceitos e seus conceitos capilares foram construídos de uma mesma raiz (a valorização da pessoa humana enquanto ente concreto, racional e autônomo), o que justifica seus entrelaçamentos, por exemplo: sem a existência de condições de igualdade (direitos fundamentais de segunda dimensão), o sujeito não poderia gozar verdadeiramente de liberdades individuais e possuir autonomia (direitos fundamentais de primeira dimensão) para alcançar o esclarecimento necessário à uma vida digna (pressuposto kantiano da dignidade humana).

⁴⁰ O termo “minorias” não deve ser utilizado somente em seu aspecto quantitativo, mas também da representatividade qualitativa do grupo.

⁴¹ Ingo W. Sarlet (2011, p.50) ainda expõe uma crítica à alocação de reivindicações de direitos ligados à alteração de sexo, liberdade e intimidade de informática, autonomia nas diretivas de morte, biossegurança e não manipulação genética, afirmando que, em que pese serem direitos possibilitados por avanços tecnológicos deste século, dizem respeito às prestações negativas, cuja titularidade estaria no próprio sujeito concreto, o que encaixaria nos direitos fundamentais de primeira dimensão.

⁴² Paulo Bonavides (2004, p. 524 e ss.) tem uma maior aceitação interna ligando a quarta dimensão a democracia e a quinta aos direitos inerentes à globalização.

sexta) dimensão dos direitos fundamentais, não havendo um reconhecimento internacional unificado. Todas as propostas acabam satelitando nos ideários de liberdade, igualdade e solidariedade (já apresentadas nas três primeiras dimensões) e sendo respaldados no princípio da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2011, p.50-52)⁴³.

Em razão do recorte da presente pesquisa dizer respeito à tutela jurídica da pessoa humana e de suas implicações nas políticas públicas, estas últimas ligadas aos direitos fundamentais de segunda (e terceira) dimensão, a pormenorização dos aspectos trazidos nas dimensões não unificadas dos direitos fundamentais não será abordada, garantindo, assim, o melhor enfoque à temática proposta.

3.2 O resultado da construção histórica: conceito de direitos fundamentais

Se possível fosse, a noção conceitual passaria pela diferenciação de “direitos fundamentais” dos “direitos humanos” no contexto contemporâneo. Já se apresentou que seus fundamentos históricos possuem a mesma raiz e, vez ou outra, se confundem na valorização do humano e no reconhecimento de, por sua natureza humana, terem direitos inatos.

Direitos humanos seriam, em uma ambiência desprendida de formalidades constitucionais, aqueles inerentes à condição humana (enquanto gênero e enquanto personalização), cujo fundamento histórico estaria na própria dignidade da pessoa humana e na igualdade de condições para o alcance de uma autonomia (COMPARATO, 1999). O uso da terminologia “Direitos Humanos se alargou enormemente, servindo, pois de base para argumentos de caráter social, político e jurídico” (BRITO; LEÃO JÚNIOR, 2010, p. 7660).

Direitos fundamentais seriam o reconhecimento em uma esfera formal constitucional de direitos básicos ao desenvolvimento humano (vida, liberdade, propriedade, igualdade, justiça social, solidariedade), cujo antecedente histórico deu-se na posituação dos conteúdos dos direitos humanos para a imposição de obrigações ao Estado (negativas e prestacionais) (SARLET, 2011).

Ambos, humanos e fundamentais, devem, em certo momento, unificar-se na obrigação de todos (Estado, comunidade, sociedade e indivíduos) da proteção e prestação de meios de efetivar a dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais possuem função normativa em cada Estado, estabelecendo sindicabilidade, enquanto os direitos humanos estabelecem uma referência ligada à natureza humana, com função monogenética (criação de direitos fundamentais) e translativas (exportação de matérias de direitos fundamentais para discussão internacional) (NUNES JUNIOR, 2009, p.24-25).

Bonavides (2004, p.574) emprega o conceito de que direitos fundamentais seriam aqueles destinados a “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana”, estando estes elencados em maioria no título II da Constituição Federal do Brasil – respeitando assim seu critério formal (NUNES JUNIOR, 2009, p.15).

São os direitos fundamentais divididos em suas respectivas famílias: direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos (BONAVIDES, 2004).

Reconhece-se que em outros tópicos da Constituição Federal encontram-se direitos fundamentais (em razão de seu conteúdo material ser ligado às dimensões de direitos fundamentais) como, por exemplo a proteção ambiental do art. 225, sendo assim reconhecidos, além dos tratados internacionais que por força do parágrafo segundo do artigo 5º, mesmo não constando formalmente no texto constitucional, possuem elevação à matéria de direitos fundamentais constitucionais (SILVA, 2005).

Seriam os direitos fundamentais aqueles direitos dos seres humanos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado (CANOTILHO, 1999, p.528).

Possuem o conteúdo mais restrito e preciso que os direitos humanos, no sentido de ser o “conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito [...], delimitados espacial e temporalmente, [...] de caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado do Direito” (SARLET, 2011, p.31).

Assim, ressaltando os aspectos iniciais de sua história, os direitos fundamentais podem ser reconhecidos, por uma perspectiva, como um último degrau de reconhecimento de direitos inatos aos seres humanos (direitos naturais – direitos humanos – direitos fundamentais), resultante da positivação constitucional por um

Estado de direitos destinados aos humanos, não poucas as vezes tratados enquanto uma internalização do conteúdo internacional dos direitos humanos.

3.2.1 Características dos direitos fundamentais

Dada a relevância na proteção da dignidade da pessoa humana, importante se faz elencar um rol não exaustivo de características⁴⁴ dos direitos fundamentais, necessárias para a sua caracterização e amplitude de atuação.

Face à própria característica de ser formada a partir de fatos, construções, conquistas e reconhecimentos históricos, tanto o rol de direitos tratados como fundamentais, quanto suas características, não abarcam a possibilidade de tratativa até a exaustão, pois sempre é possível que novos direitos tenham o condão de dignificar a existência da pessoa humana.

Os direitos fundamentais, portanto, possuem como características:

(i) Historicidade⁴⁵: sendo compreendida em razão da natureza histórica da construção, de sua importância e papel da evolução histórica. Neste ponto, não se equivalem aos direitos naturais, pois aqueles são inatos, não construídos nos aspectos históricos (lutas, conquistas, reconhecimento). São frutos de fatores objetivos e subjetivos da sociedade em seus questionamentos e reivindicações sobre o *status quo vivendi*. A historicidade é infinita e acompanha a humanidade, de modo sempre permitir a expansão e soma de novos direitos (PIOVESAN, 2015, p.92);

(ii) Universalidade: a universalidade para os direitos fundamentais é relativa aos indivíduos que convivam no espaço e no tempo de sua vigência. Para os direitos humanos, em razão de seu caráter supranacional, a universalidade é plena, alcançando todos os sujeitos globais, o que não é coincidente com a sua fruição que é demonstrada de forma assustadoramente restritiva (ALVES, 2013, p.253). Ao positivizar constitucionalmente tais direitos, mesmos os sujeitos não nativos no Estado, fazem jus ao seu exercício, pois “o ser humano possui necessidades básicas, que são

⁴⁴ Será utilizada a obra de Flávia Piovesan (2015, p.92) que trabalhou o conteúdo relativo aos Direitos Humanos, portanto, por equivalência, visto que demonstrado que os conceitos de Direitos Fundamentais e Direitos Humanos, em seu aspecto de conteúdo material, se equivalem e unificam.

⁴⁵ Fernando de Brito Alves (2013, p.252) tece uma crítica à ideia positiva de historicidade, tratada como se “sempre conduzisse a uma conscientização crescente decorrente e concomitante à evolução das relações sociais”, visto que a realidade dos fatos impõe a demonstrar que a quebra de ruptura da tradição acaba por tornar necessária uma revisão às coisas já passadas e pensadas.

peculiares à sua própria condição de ser vivo [podendo] se dizer, até mesmo, que certas necessidades são universais e se estendem a toda e qualquer forma de vida” (BRITO; LEÃO JÚNIOR, 2010, p.7661);

(iii) Inexauribilidade: vez que possuem um conteúdo inesgotável e possível de expansão. No Brasil, a determinação constitucional⁴⁶ de internalização, a partir da pactuação internacional, de tratado que verse sobre direitos humanos como equivalentes a textos constitucionais é um bom exemplo de sua possibilidade de expansão, não levando a um rol exaustivo (PIOVESAN, 2015, p.92);

(iv) Essencialidade: são essenciais ao alcance da qualidade da vida humana assim como a própria noção moderna de Estado de Direito. Ligados em seu aspecto material à dignidade da pessoa humana e ao aspecto formal à posição essencial de destaque no conteúdo constitucional positivo (PIOVESAN, 2015, p.92);

(v) Inalienabilidade: desde sua raiz kantiana da dignidade, que substituiu a noção de precificação de todas as coisas e medição pelo poder atribuída a Hobbes, os direitos ligados à dignidade da pessoa humana são inalienáveis, visto que nenhuma pessoa pode ser utilizada como instrumento da vontade de outrem, portanto torna-se impossível a transferência de sua titularidade a qualquer preço, em razão da intangibilidade e imaterialidade inerente ao valor intrínseco humano (PIOVESAN, 2015, p.92);

(vi) Imprescritibilidade: a oponibilidade e legitimidade dos direitos fundamentais não sofrem descaracterização ou perecimento em razão de lapso temporal, visto que são direitos que podem ser reconhecidos a qualquer tempo;

(vii) Irrenunciabilidade: Não são passíveis de renúncia por parte de seu titular nem por parte do Estado, sendo direitos com características aderentes ao sujeito. A autonomia privada estaria limitada quanto à disposição dos direitos fundamentais quando expõe que deve atender a dignidade da pessoa humana, sendo este valor virtualmente absoluto no sistema jurídico de Estado Democrático de Direito. Justifica-se no pensamento kantiano o que seria uma instrumentalização mediata, meramente consequência da razão do pleno esclarecimento do sujeito digno que se permite, para atingir sua finalidade (fim em si mesmo) atuar para o próximo. De mesmo modo, os

⁴⁶ Dispostas nos §§ 2º e 3º do art. 5 da CF.

conflitos entre direitos fundamentais possibilitam a ponderação, prevalecendo um em troca de outro que está sendo disposto⁴⁷ (PIOVESAN, 2015, p.92);

(viii) Inviolabilidade: não podem sofrer violações legais ou por atos administrativos, insurgindo apenamentos (PIOVESAN, 2015, p.93);

(ix) Efetividade: A Administração Pública deve criar meios coercitivos aptos para a efetivação dos direitos fundamentais, tais como as políticas públicas. A eficácia dos direitos fundamentais ocorre tanto em seu aspecto vertical (ligado ao Estado) quanto em seu plano horizontal (obrigando todos os particulares a respeitar os limites e a promoção de direitos fundamentais, também, em suas relações privadas) (PIOVESAN, 2015, p.93);

(x) Limitabilidade: são passíveis de limitações por não serem absolutos, entretanto tais limitações devem ser justificadas por situações de crises (Estado de Sítio, por exemplo);

(xi) Complementaridade: dado aos valores exprimidos pelos direitos fundamentais, sendo estes ligados a própria dignidade da pessoa humana, devem ser interpretados como parte de um conjunto normativo constitucional, sendo que a cada dimensão deve complementar o conquistado e efetivado pela dimensão anterior (PIOVESAN, 2015, p.94);

(xii) Cumulatividade e Concorrência: os direitos fundamentais são exercidos de modo cumulativo, ou seja, em uma mesma situação pode um mesmo sujeito exercer mais de um direito fundamental, o que justifica a situação de concorrência de qual deverá preponderar ao caso concreto; e a derradeira para este rol;

(xiii) Vedação do retrocesso⁴⁸: uma vez reconhecidos, por serem reflexos de conquistas ou construção social e histórica, não poderiam os direitos fundamentais serem reduzidos em seu gama de proteção, restringido os sujeitos ou as matérias que tutelam (PIOVESAN, 2015, p.94).

⁴⁷ Neste sentido, Robert Alexy traz a teoria da ponderação como meio de argumentação jurídica, proporcionando o afastamento casuístico de um direito fundamental em prol da aplicação de outro na consideração concreta da situação.

⁴⁸ Em artigo sobre a temática, Brega Filho traz a crítica que paira na comunidade europeia em razão de consenso popular para a redução de proteções tidas como de direitos fundamentais em razão da impossibilidade do Estado custear as prestações assumidas com o reconhecimento, em época próspera, de determinados direitos como fundamentais. A justificativa teórica estaria na razão de tais direitos não serem essencialmente fundamentais e na supremacia da vontade popular em respeito ao conteúdo de seu Ordenamento Jurídico. Mesmo assim, permaneceria a característica de vedação ao retrocesso quanto aos direitos fundamentais advindos do reconhecimento do valor intrínseco humano e da necessidade de proporcionar-lhe uma condição de autonomia.

Deste modo, apresentadas as características dos direitos fundamentais, para absorção de conteúdo útil a hipótese de resolução da problemática, tem-se que para haver situação passível de ponderação ou priorização durante as decisões administrativas e políticas sobre políticas públicas, os fundamentos utilizados devem possuir identidade com os caracteres acima dispostos, para, somente assim, serem reconhecidos como direitos essenciais e fundamentais⁴⁹.

3.2.2 Titularidade e oponibilidade dos direitos fundamentais

Apresentado o fundamento histórico e o as condições de estabelecimento de um conteúdo material dos direitos fundamentais, almejando, logo mais, estabelecer o recorte dos direitos fundamentais sociais para então iniciar a tratativa sobre as políticas públicas, neste momento objetiva-se demonstrar o alcance dos direitos fundamentais. Parte-se da relação subjetiva existente entre o titular do direito fundamental e o seu destinatário – por exemplo, aquele que seja titular do direito à saúde e aquele destinatário contra quem vá opor este direito, exigindo-lhe o cumprimento do dever (SARLET, 2011, p.221).

Importa-se a característica-princípio da universalidade da teoria internacional dos direitos humanos⁵⁰, que trata sobre a abrangência universal dos direitos humanos já reconhecidos, ainda que, por definição, os direitos fundamentais tenham efetividade territorial seguindo as regras de soberania do Ordenamento Jurídico de um Estado, tem-se o entendimento de que, sempre que possível e de modo indistinto, serão titulares dos direitos fundamentais aqueles sujeitos expostos ao Ordenamento Jurídico pátrio (SARLET, 2011).

O texto constitucional⁵¹ estabelece em sua redação que “todos são iguais perante a lei”, apresentando o princípio da universalidade, logo após apresenta uma

⁴⁹ Adiante, quando tratado do interesse público enquanto fundamento da Administração Pública para estipulação das políticas públicas, é apresentada crítica justamente em razão de não haver identificação do interesse público com as características de direitos fundamentais, o que retiraria dele o *status* de fundamento de uma supremacia – referente ao princípio da supremacia do interesse público – na ordem administrativa.

⁵⁰ Neste sentido e sobre as características dos direitos humanos: Flávia Piovesan (2015, p.92 e ss.).

⁵¹ Diz respeito ao caput do art. 5º da CF/88: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade[...].”

restrição textual “garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País” os direitos fundamentais.

Face ao requisito formal de constitucionalização dos direitos fundamentais, é possível ao constituinte realizar ou alargar o princípio da universalidade entre seus destinatários, optando o texto constitucional brasileiro por criar – a princípio – tal restrição que desconsiderada aqueles estrangeiros que não residam em território brasileiro (NUNES, 2007, p.23). Entretanto, tem se admitido que o critério universal atinge, como objeto de proteção jurídica pelos direitos fundamentais, todas as pessoas que, de alguma forma, estejam sob a irradiação das normas constitucionais brasileiras, sendo a legislação sempre interpretada e aplicada visando à efetivação da dignidade da pessoa humana (CANOTILHO, 1999, p.418).

As principais restrições apresentadas constitucionalmente aos estrangeiros são relativas aos direitos políticos e titularidades de cargos públicos (Art. 12, §§ 2º e 3º; Arts. 37, e 207, §1º, todos da CF), o caráter protetivo aos recursos naturais brasileiros (art. 176, §1) e a propriedade de empresa de radiodifusão (art. 222, CF).

Fato é que nenhuns dos direitos fundamentais sociais possuem situação de restrição constitucionalmente apresentada, embora divergência doutrinária⁵² em sua titularidade quanto ao critério quantitativo (titularidade coletiva ou individual) da mesma.

Reconhecidamente, os direitos fundamentais podem ser considerados como o próprio substrato fático⁵³ da dignidade da pessoa humana, visto que sua positivação, por si, já demonstra, em um Estado de Direito, um fato de tamanha importância que irradia seus efeitos em todas as atividades privadas e estatais (ANDRADE, 2007).

Os Direitos Sociais, espécies daqueles, não são diferenciados entre as demais espécies de direitos fundamentais em razão da titularidade quantitativa, mas sim quanto ao objeto e prestação (SARLET, 2011, p. 222), visto que os direitos fundamentais de primeira dimensão tratam de liberdades civis e direitos políticos (e possuem em seu bojo direitos individuais de manifestação coletivas, cuja titularidade é, obviamente, individual – direito à associação, direito à manifestação religiosa) e os direitos fundamentais de segunda dimensão tratam de direitos que geram obrigações

⁵² Conforme apresentação do problema por Ingo Sarlet (2011, p. 221).

⁵³ Neste sentido a obra de Vander Ferreira de Andrade (2007, p. 119-151), “A Dignidade da Pessoa Humana”.

prestacionais do Estado, sendo estes os Direitos Sociais, Econômicos e relativos à Cultura (BONAVIDES, 2004).

A primeira dimensão efetiva o conteúdo da dignidade da pessoa humana relativo aos caracteres psicofísicos e de liberdade (MORAES, 2000, p.117-118), atuando, principalmente, nas dimensões ontológica e de prestação negativa⁵⁴.

A segunda dimensão, por sua vez, além dos caracteres psicofísicos, no tocante a possibilitar o desenvolvimento para a melhor qualidade de vida e esclarecimento racional, o substrato material da igualdade (igualdade material, não somente a formal) (MORAES, 2000).

Sendo assim, como todos os direitos fundamentais aparecem em um grau de superioridade tópica no Ordenamento Jurídico, para tratar de implicações da dignidade da pessoa humana, sua titularidade é, de mesmo modo, do sujeito de direito individualmente considerado, como pessoa em seu sentido semântico, e não de uma coletividade generalista⁵⁵, ainda que as mesmas demandas (não somente no sentido processual, mas também social e político) individualizadas de direitos demonstrem-se para uma coletividade de pessoas ou tenha a sua conquista ocorrida por manifestações coletivas (como também foram as conquistas de várias liberdades de primeira dimensão) (LEDUR, 2009, p.85).

Somente no tocante aos direitos de terceira dimensão, por dizerem respeito a uma dignidade humana não pessoal em sua tratativa imediata, mas sim de interferência na dignidade pessoal de modo mediato, tratando-se de direitos difusos ou coletivos, que se pode dizer ser de titularidade coletiva (SARLET, 2011, p. 224), o que não deve ser interpretado como limitação na busca por efetividade, visto que o direito fundamental coletivo, por seu descumprimento ferir indivíduos de modo nem sempre determinável, deve ter uma proteção ainda maior por meio de instrumentos efetivadores (legitimidade extraordinária, matérias de ordem pública e dever Estatal de atuação, Ministério Público, etc.).

Importante salientar que, aplicando tal conteúdo na implementação de políticas públicas, resta suficientemente considerado que o papel maior do Estado em seu dever prestacional é o atendimento às demandas de consideração individual do

⁵⁴ Conforme o texto de Sarlet (2007) para a RBDC.

⁵⁵ José Carlos Vieira de Andrade afirma que os direitos sociais possuem titularidade coletiva, enquanto somente os direitos de liberdade seriam considerados individualmente (2007, p. 205 e ss).

sujeito, visto que o catálogo de direitos fundamentais positiva sua maior parte entre os direitos fundamentais de titularidade individual. A argumentação de uma atividade estatal direcionada, prioritariamente, ao coletivo, sob este aspecto, parece equivocada quanto ao dever prestacional do Estado.

Quanto à oponibilidade dos direitos fundamentais, ou seja, contra quem os direitos serão exigidos, tem-se o art. 5º em seu §1º da Constituição Federal que demonstra uma eficácia automática, que independe de norma regulamentadora por serem imediatamente aplicáveis contra todos, entes públicos e privados.

Sendo possível a subsunção ao interesse e realização fática de uma norma de direito fundamental, independentemente de não haver norma infraconstitucional regulamentadora, deve o seu sujeito possuir meios para buscar no Estado a ferramenta coercitiva e ver aplicado e garantido o seu direito (SARLET, 2011).

Tal destinatário são todas as demais pessoas, jurídicas ou naturais, inclusive o próprio Estado em suas divisões (administrativa, legislativa e judiciária), devendo praticar qualquer ato, qualquer manifestação de vontade ou ato vinculado à lei (mesmo a criação de leis) respeitando os direitos fundamentais constitucionalmente expostos, por, entre outras motivações formais, corresponderem à faticidade da dignidade da pessoa humana, sendo que o afastamento só pode ocorrer quando e em razão de conflito entre outros direitos fundamentais.⁵⁶

3.3 Os direitos sociais como objetos das políticas públicas: contexto, conceito e conteúdo

Destacando-se dos direitos fundamentais genéricos por força do recorte material deste trabalho, os denominados Direitos Sociais são aqueles reconhecidos na segunda dimensão de direitos fundamentais. Veiculam o aspecto prestacional positivo do Estado como garantidor de direitos e efetivador da dignidade da pessoa humana.

⁵⁶ Neste sentido, a obra de referência é de Ingo Wolfgang Sarlet (2011) que trata em seu último capítulo de desenvolvimento sobre a eficácia dos direitos fundamentais. Não será tratado de modo exaustivo o tema, apenas apresentando uma apertada síntese sobre a pesquisa do Sarlet, que considera a eficácia vertical (entre sujeito e destinatário Estado) e a eficácia horizontal (entre sujeito e o destinatário privado) de todos os direitos fundamentais, que atuam, além de regra, como princípios, apontando o vetor de interpretação de todo o Ordenamento Jurídico, por serem baseados na dignidade da pessoa humana.

Foram vinculados ao ideário de igualdade material para garantir o desenvolvimento pessoal e o acesso ao mínimo de condições para este desenvolvimento. Em razão do contratualismo filosófico, foram expostos como obrigação estatal, sendo hoje, em um reconhecimento democrático, dever de toda a sociedade (o que inclui o Estado) como destinatários e responsáveis pela prestação.

Figuram como os principais alvos das políticas públicas, por consistirem, estas, em instrumento que operacionaliza a vontade e prestação política do Estado com as diretrizes jurídicas da Constituição Federal.

Podem ser conceituadas como aquelas normas constitucionais de prestação positiva do Estado (direta ou indiretamente) com finalidade de proporcionar “melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade” (SILVA, 2005, p.286), proporcionando condições mais compatíveis com um exercício efetivo da liberdade, colaborando para condições de elucidação e, portanto, da autonomia.

São os direitos sociais “um mínimo vital” (ALVES, 2013, p.253). São direitos subjetivos, que decorrem da atividade normativo-regulamentadora do Estado e se constituem instrumentos assecuratórios (NUNES JUNIOR, 2009, p.49-56).

Podem ter seu conteúdo vinculado⁵⁷ aos seguintes naipes de direitos: relativos aos trabalhadores, relativos à seguridade social (saúde, previdência e assistência social), relativos à cultura e à educação, relativos à moradia, relativos à família, criança, adolescente, idoso e relativos ao meio ambiente⁵⁸ (ROCHA, 1994, p. 48)

A interferência dos direitos sociais na esfera político-administrativa é certa, vez que relacionada com as “funções e deveres do Estado, à definição de formas de organização social e às concepções sobre vida boa” (PIVETTA, 2014, p.26), portanto, entender o contexto das manifestações jurídicas e sociais no período histórico que

⁵⁷ Demonstrando o catálogo dos assuntos necessários das políticas públicas. Para priorização destes assuntos frente a impossibilidade do Estado atender todos com os recursos que possui, deve ser preponderada aqueles que atenderem com maior eficiência a dignidade da pessoa humana. A problemática do trabalho revela que o poder político tende a utilizar apenas a argumentação de interesse público (como um atendimento à coletividade), afastando-se da vontade constitucional.

⁵⁸ A divisão leva em conta aspectos de justiça social, entretanto, neste trabalho concorda-se com o posicionamento de que os direitos relativos à família, crianças e adolescentes, idosos, assim como os relativos ao meio ambiente, seriam inerentes à terceira dimensão dos direitos fundamentais, excluídos desta classificação mas incluídos na conteúdo de direitos coletivos ou supraindividuais, o que não retira, de certa forma, o dever prestacional do Estado, mas o divide em razão da solidariedade.

acabaram por alcançar o produto atual dos direitos sociais (NOVAIS, 2010, p.13), parece ser um bom caminho para a manutenção do método até agora adotado.

Os direitos sociais, em razão da própria historicidade dos direitos fundamentais, surgem em observação da problemática na aplicabilidade dos direitos de liberdade consagrados no sec. XVIII, eis que as liberdades não eram alcançadas em razão da imposição de poder e da mera igualdade formal atendida no direito, essencialmente construído num pensamento burguês e liberal (PIVETTA, 2014, p.27).⁵⁹ “Emergem os direitos da segunda geração a exigir prestações positivas por parte do Estado (FREIRE JÚNIOR, 2005, p.25).

Os movimentos reivindicatórios das classes trabalhadoras do séc. XIX, em resposta às condições subumanas que vivenciaram nas fábricas, buscando apenas a aplicação dos dizeres jurídicos de liberdade que se viam muito longes de seus contextos de vida, pautavam-se na alteração no modo de aplicar a igualdade de todos perante a lei. Afastou-se das liberdades formais e abstratas para a sua complementação por outros direitos (que em razão da causa de justiça social, denominaram-se direitos sociais), sendo o conteúdo deles os vinculados à assistência social, à saúde, à educação, ao trabalho, etc., consubstanciando nas condições mínimas necessárias para a fruição dos direitos de liberdade de um modo concreto e material (CLÈVE, 2011, p.39).

Apenas as liberdades opostas ao Estado não eram suficientes (critério negativo), devendo o próprio Estado assegurar meios de alcance a essas liberdades, assumindo um papel positivo, de devedor de ações concretas para efetivar a igualdade material dos cidadãos (BONAVIDES, 2004, p.388-389).

Importante marco histórico, já no séc. XX, foi a Revolução Russa que, lutando contra o governo czarista, utilizou-se dos direitos sociais como garantias jurídicas e mecanismos de consolidação para um futuro regime comunista de um Estado proletário democrático (NOVAIS, 2010).

Assim, se no Estado burguês a proteção jurídica estava nas liberdades formais (que não atingiam formas de fruição e gozo) de sujeitos abstratamente considerados, no Estado social⁶⁰ o destinatário dos direitos a serem promovidos pelo

⁵⁹ Os relatos e críticas de Hannah Arendt (1988, p.47) sobre a questão social na revolução francesa descrevem bem o pano de fundo sobre a, até então, revolução de reconhecimento de direitos de liberdade, visto a luta de poder realizada que não permitia a efetivação de reais direitos no campo fático.

⁶⁰ O documento referência é a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador de 1918.

Estado eram os trabalhadores que, até então, haviam sido excluídos e oprimidos na sociedade anterior (NOVAIS, 2010, p.18).

Interessante que diante deste fundamento da Revolução Russa, não era necessário vincular limites para a atuação estatal vez que ele seria o responsável por promover a sociedade igualitária, realizando e efetivando o direito de todos (PIVETTA, 2014, p.29). Posteriormente com o Estado de Direito, principalmente em razão das consequências do pós-Guerras, reconheceu-se a dignidade da pessoa humana como limite, inclusive para aplicação e criação de meios de construção da sociedade.

Foi no Estado de Direito, compreendido na junção do Estado de Direito liberal complementado pelos deveres de justiça social, que algumas constituições (como ex. a Constituição de Weimar, 1919), apresentaram-se como alternativa ao modelo soviético, nas quais os ideários de igualdade, solidariedade e de justiça social foram somados à garantia (prestação negativa) de liberdade, vez que assim unificavam-se juridicamente o que seriam os problemas políticos dos Estados ocidentais (NOVAIS, 2010, p. 18).

Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), os direitos sociais foram consagrados e, ainda, demonstraram para o Estado moderno sua nítida ligação com o conteúdo político, visto que dizem respeito às funções do Estado, o papel do Estado na persecução dos objetivos sociais e sua posição em relação à autonomia privada (PIVETTA, 2014, p. 32), entretanto, “não basta defender que os direitos sociais são bons, mas encontrar parâmetros que permitam a resolução dos problemas jurídicos que se levantam com base nos direitos sociais” (NOVAIS, 2010, p.25), parâmetros estes alcançados pela esfera jurídica e aplicáveis nas políticas públicas.

Jorge Novais (2010, p.25-29) observa que nos países que possuem maior demanda por concretização dos direitos sociais existe a tendência de utilizar apenas argumentações políticas para a implementação dos mesmos, visto que paira uma sensação de “quanto mais, melhor”. Tal fato é dirigido no sentido de aumentar a cartela de direitos sociais, postos como direitos fundamentais, como justificativa política de atuação, enquanto inexistentes critérios jurídicos e estratégicos para a implementação verdadeira destes direitos, ou critérios que considerem seus titulares de modo concreto⁶¹.

⁶¹ Tal ideia concretiza uma vertente do objetivo desta pesquisa, pois a utilização de argumentos políticos para implementação de políticas públicas acaba por afastar a Administração Pública da

Utilizou-se da teoria das normas de eficácia programática, esvaziando a aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais por considerar que estes fossem metas que dependeriam da organização política para suas implementações (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 25-26). O ente político saberia que teria que efetivar os direitos fundamentais, mas preferia espalhar a vasta cartela de prestações do que efetivar satisfatoriamente tais direitos.

Estabelecendo um recorte para o contexto brasileiro dos direitos sociais, tem-se que são divididos em dois períodos, um como um “controle de política” e outro por um momento de “política de controle”⁶².

A década iniciada por 1930 foi marcante na história brasileira em razão do aumento do êxodo rural para a vida em centros urbanos, o que trouxe um aumento significativo (e até mesmo o surgimento) de problemas sociais graves como inexistência de moradia, de escolas, de saneamento básico, de trabalhos, entre outras atividades e fatos inerentes à vida urbana que não estava preparada e estruturada para receber um bloco tão grande de pessoas (ALVES, 2013).

A Constituição Federal de 1946 veio a preservar os direitos sociais e aperfeiçoar a estrutura da Justiça do Trabalho, trazendo o Estatuto do trabalhador rural (1963) que gerou uma extensão ao alcance dos direitos previdenciários, trabalhistas e de sindicalização (ALVES, 2013, p. 247).

Com o governo militar de 1964, houve uma imposição do Estado ultrapassando os limites até então conquistados pelos direitos fundamentais de primeira dimensão (principalmente no tocante a direitos políticos, liberdades de associação), entretanto os direitos sociais – principalmente os ligados à infraestrutura, como a estruturação tecnológica das fábricas, o aumento de vagas de empregos, a acumulação e fortalecimento econômico – permaneceram sendo enfatizados (ALVES, 2013, p. 249-250).

Para a ampliação da economia, os poderes de definição do valor salarial retirados da esfera da Justiça do Trabalho, assim como do preenchimento das vagas de empregos, tornaram-se meios de garantia de enriquecimento apenas de uma

vontade impressa constitucionalmente, nos direitos fundamentais e da fundamentalidade da dignidade da pessoa humana.

⁶² O autor buscou o entendimento de Evaldo Vieira (1995) para apresentar tal divisão, referindo-se que no governo de Getúlio Vargas (1930-1945) havia um controle de política e, após seu governo, com o período de governo militar até a Constituição Federal de 1988 houve uma política de controle.

classe e uma tendência para acúmulo de problemas sociais da grande massa (ALVES, 2013, p. 250).

Em 1966, criaram-se o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, para efetivar a garantia trabalhista à estabilidade, e o Instituto Nacional da Previdência Social, unificando e ampliando os serviços de previdência social. Em 1974 o Banco Nacional da Habitação, ampliando o acesso à moradia. (ALVES, 2013, p. 250).

Somente por este contexto já se aparenta verdadeira a crítica de Jorge Novais exposta acima, pois os direitos sociais acabam sendo tutelados de modo mediato a interesses políticos em países como o Brasil, nas quais as políticas públicas de previdência, habitação, crescimento econômico e de direitos do trabalho aparentam objetivar uma ampliação de produção, tão apenas, distanciando-se de um pensamento estratégico de consolidação de direitos sociais enquanto fundamentais. Tampouco, as políticas públicas, apontam para o respeito à individualidade concreta de cada sujeito – pois se tal sujeito não representar avanço para a produção e interesses políticos, seus direitos deixam de serem atendidos, possuindo sua dignidade uma posição nula.

3.3.1 Os direitos sociais e o mínimo existencial

O dever do Estado em ser responsável por prestar aos sujeitos direitos que garantam igualdade e condições sociais reais para o exercício de autonomia denota a necessidade de um conceito de um conteúdo mínimo, possível, concretizável, que atenda às necessidades pessoais nesta busca pela igualdade, esclarecimento e autonomia necessários para a vida com dignidade.

A ideia desse conteúdo mínimo é contrária a uma filosofia de darwinismo social inaugurada por Herbert Spencer no séc. XIX, que sustentava que o Estado não deveria realizar qualquer interferência na sociedade em prol de proteção aos sujeitos mais necessitados (SARMENTO, 2016, p.190).

O reconhecimento de um direito público subjetivo de subsistência (realizado na alimentação, vestimentas e habitação) abraça um conceito de “*standard of living*” variável em critérios crescentes de modo indefinido e, em critérios decrescentes até um limite do indispensável à vida “quanto à nutrição, ao resguardo do corpo e à

instalação” da pessoa em um ambiente que proporcione a devida segurança e condições de higiene (PONTES DE MIRANDA, 1933, p.28).

Nesta seara, o mínimo existencial ou “mínimo vital”⁶³ deve ser relativo às circunstâncias de lugar e tempo, sendo este não em razão de caridade ou esmola, pois nenhum humano por ser humilhado perante o outro que lhe serve, mas um direito cuja prestação deve ser realizada pelo próprio Estado (PONTES DE MIRANDA, 1933, p.30), nunca sendo inferior a um mínimo absoluto de subsistência, mas almejando um aumento de proteção às situações mínimas mais amplas.

Na Alemanha, nos anos 50, o Tribunal Constitucional apresentou uma aplicação da teoria de Otto Bachof, defendendo a existência de um mínimo de direitos ligados à própria condição de vida digna. Sua fundamentação estaria no sentido de que, sendo a dignidade da pessoa humana o valor constitucional fundamental, esta não poderia ser interpretada somente como um limite a ataques de “humilhação, estigmatização, perseguição, marginalização, etc.” dos entes com poderes ou governo, pois o alcance do direito à vida e à integridade física deveriam, também, observar a garantia positiva de um mínimo existencial a ser prestado pelo Estado⁶⁴ (SARMENTO, 2016, 191).

No Brasil, diferentemente dos Estados Unidos, onde o pensamento de Spencer teve uma aceitação que até a atualidade divide parcela da população no desejo de não intervenção estatal em favor dos mais necessitados, há certa culturalização no dever do Estado em prestar serviços mínimos de saúde, educação, segurança, assistência social e previdência social, embora socialmente não seja enraizada a percepção que tais serviços representem direitos fundamentais, mas

⁶³ Expressão utilizada por Pontes de Miranda (1933) para se referir ao direito público subjetivo de subsistência.

⁶⁴ Sarmento, ainda, traz a tradução do texto em alemão de Otto Bachof (1954, p.42), a saber: “a dignidade humana positivada como ponto de partida dos direitos fundamentais não exige somente a liberdade, mas também um nível mínimo de segurança social. Por isso, me parece muito restrito que o Tribunal Constitucional Federal considere a inviolabilidade da dignidade humana somente como um resguardo contra ataques, que o dever de atenção e proteção da dignidade humana somente seja entendido como proteção contra ataques por outros, como humilhação, estigmatização, perseguição, marginalização, etc. Finalmente, também, é determinação do Estado Social certamente de alcance restrito, observar o art. 2, II (direito à vida e à integridade física). Penso ser inaceitável que se considere essa disposição somente como proibição da destruição da existência por meio de uma intervenção estatal. Deve-se também, em relação ao art. I, observar uma garantia positiva do mínimo existencial”.

paire uma sensação de certo paternalismo dos governantes⁶⁵ e autoridades (SARMENTO, 2016, 193).

O respaldo filosófico do mínimo existencial estaria em suas vinculações com a liberdade e a igualdade – ambas facetas do conteúdo da dignidade da pessoa humana trabalhado no capítulo anterior – podendo ser entendido como um instrumento jurídico de defesa desses direitos ou como um direito fundamental autônomo ligado à própria noção de justiça. (SARMENTO, 2016, p.197).

Como conteúdo instrumental, o mínimo existencial promoveria uma noção de igualdade de condições para que as pessoas pudessem, somente então, exercerem uma autonomia, uma verdadeira liberdade (SARMENTO, 2016).

Tem-se em Rawls (2011, p.8) uma importante base, pois defende a prestação das “necessidades básicas dos cidadãos, ao menos na medida em que satisfazê-las seja necessário para que eles entendam e tenham condições de exercer estes direitos e liberdades de forma efetiva”, justificando o conceito de um mínimo como meio para promoção da liberdade.

Por sua vez, justificando a existência de direito fundamental mínimo, Alexy (2015, p. 506) acrescenta que estes são necessários por proporcionar uma “liberdade fática”, pois possuem como escopo o desenvolvimento da personalidade humana e garantem os pressupostos para o exercício das liberdades jurídicas.

Uma importante ressalva é realizada, visto que inevitavelmente haverá interferências entre os poderes Legislativo, Judiciário e Executivo no tocante aos meios de efetivação desses direitos vinculados a um mínimo existencial, vez que ora o Judiciário terá que aumentar a interpretação das normas legislativas ou fomentar a aplicação e criação de políticas públicas para o atendimento fático destes direitos⁶⁶ (ALEXY, 2015, p.512)

Quando tratado como um conteúdo jurídico autônomo, considerado um direito em si, revestido, também, de fundamentalidade intrínseca à defesa da dignidade da

⁶⁵ A aplicação do “princípio da supremacia do interesse público” quando fundada apenas na mera alegação sem vinculação com as técnicas de ponderação de direitos fundamentais, revela a própria vontade do Administrador Público acima da disposição constitucional. Neste aspecto, o atendimento à algum direito por meio de políticas públicas demonstraria um sentido político de “um bom governante por entregar bens jurídicos”, enquanto o correto seria “um bom governante por cumprir com seus deveres, entregando direitos”.

⁶⁶ No contexto de Robert Alexy, a Constituição Alemã não positivava os direitos sociais como fundamentais, entretanto, em sua argumentação jurídica utilizando das espécies normativas principiológicas como mandados de otimização, conseguiu atribuir que tais direitos são fundamentais por serem pressupostos de condição de liberdade, está positivada com fundamentalidade, sob pena de serem liberdades vazias.

pessoa humana, o direito a um mínimo existencial atenderia também aquelas pessoas que não possuem condição de exercício ou de fruição a uma liberdade ou autonomia, pois determinaria um limite ético e jurídico de atendimento. Estaria ligado à dimensão da alteridade da dignidade de pessoa humana e ao seu conteúdo de solidariedade. A argumentação crítica demonstra que os incapazes (por idade, condições de saúde ou outros motivos provisórios) não poderiam exercer em mesma medida o direito de liberdade, portanto, devem ter tais mínimos garantidos de modo autônomo (TUGENDHAT, 2000, p 385-388).

O Supremo Tribunal Federal⁶⁷ possui um precedente em que demonstra que caberia ao Estado a garantia de uma prestação que proporcione o mínimo existencial, vez que não pode alegar problemas orçamentários para afastar o “cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente, quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais” (STF, ADPF 45, 2004).

Aplicando o precedente⁶⁸ nas políticas públicas, seria antijurídico a tomada de decisão do Administrador em não realizar políticas públicas para atendimento de direitos de mínimo existencial, pois este estaria figurando no topo de uma escala de prioridade.

Há de se ponderar um posicionamento sobre a existência e utilização do conceito de mínimo existencial vir a ferir o objetivo dos direitos fundamentais sociais. Por questão de sua historicidade e inexaustão de conteúdo – características estas já apresentadas – é inerente a sua progressão em níveis qualitativos e quantitativos de tutela jurídica, possibilitando uma revisitação positiva à dignidade da pessoa humana (SARLET, FIGUEIREDO, 2008).

Os direitos sociais, enquanto firmamentos de base de atuação do Estado para equilíbrio de condições humanas, devem possuir como objetivo uma maior ampliação e efetivação de proteção ao valor pessoal, seja este mínimo, intrínseco, mas também seja produto de uma observação circunstancial e sociocultural (SARLET, FIGUEIREDO, 2008, p.21-22).

⁶⁷ Disposto no voto do min. Celso de Mello no julgamento da ADPF n° 45 de 29 de abr. de 2004.

⁶⁸ Revisitando a teoria dos precedentes judiciais, em que pese não haver espaço neste trabalho para a tratativa, emerge um meio de resolução e pacificação das demandas judiciais para implementação de direitos que deveriam ser instrumentalizados por políticas públicas. A *ratio decidendi* do precedente oposto ao ente estatal, deveria vincular sua atividade, estabelecendo a escala de priorização e estabelecendo os modos de exercício político nos momentos posteriores.

O contexto da utilização do mínimo existencial na realidade jurídica alemã dispõe sobre uma Constituição que não previa proteção jurídica para os direitos sociais, o que não ocorre com a realidade jurídica constitucional brasileira que, até de modo pródigo, distribui direitos com características de fundamentais para providenciar uma justiça social (SARMENTO, 2016).

Sob este aspecto a aplicação de uma teoria baseada apenas na condição de equilíbrio para o exercício da liberdade, seria considerada um retrocesso na proteção positivada constitucionalmente no Brasil, devendo o legislador e o aplicador do Direito preocupar-se em ampliar o atendimento daquilo que já está disposto como princípio constitucional: a busca da justiça social pelos direitos fundamentais sociais (SARMENTO, 2016, p.210-211).

Levando em consideração, de modo indutivo que o mínimo existencial seria condições básicas de vida para os sujeitos, compreenderiam o conteúdo mínimo (mas nunca total ou exaustivo) dos direitos sociais, estabelecendo um alcance prioritário no desenvolvimento de políticas públicas.

Por sua vez, os direitos sociais compreendem parcela dos direitos constitucionalmente garantidos como direitos fundamentais, sendo estes últimos representativos jurídicos da necessidade fática de proteção ao valor da pessoa humana concretamente considerada, demonstrando outro critério de priorização das políticas públicas e das prestações do Estado: a garantia de efetivação da dignidade da pessoa enquanto um indivíduo personalíssimo.

Tal valor da personalidade humana pode ser empregado em aspectos materiais (autonomia/liberdade, democracia/igualdade, solidariedade, características psicofísicas), representando assim várias dimensões (ontológica, histórica, comunicativa, dualista) da dignidade da pessoa humana, tem-se toda uma rede de aplicação da tutela jurídica possuindo como eixo interpretativo a própria pessoa concretamente considerada, não impedindo uma racionalização ética de atendimento dos direitos subjetivos e interesses dos sujeitos.

3.4 As políticas públicas como efetivadoras de direitos sociais

É o Estado o ente em que se acampam as discussões políticas e jurídicas em nosso sistema contemporâneo, sendo reafirmada sua posição como “destinatário das aspirações e reivindicações sociais para impor uma vontade política emanada de forma democrática aos sistemas auto-organizados, autorreferidos e autorregulados” (COSTA; TOSAWA, 2014, p.138), exercendo o papel de projetar ações em contexto social em busca de iguais condições para toda a coletividade e todos os membros que a formam (GONÇALVES, 2011, p.58).

Os direitos fundamentais sociais, estando como um dos pilares justificadores do Estado em sua responsabilidade prestacional positiva, possuem como instrumentos de ligação política-jurídica as políticas públicas, sendo estas o mecanismo para o Administrador Público (função executiva do Estado) realizar a prestação das necessidades de interesse público.

Consiste “política” na “resolução pacífica para os conflitos” da sociedade, apresentando como opção à coerção, que seria a resolução pela imposição de força para os conflitos (SCHUMITTER, 1984, p.34).

As políticas públicas expressam relação de poder em um procedimento formal ou informal em que atores da sociedade discutem suas demandas com representantes do governo em esferas federativas (executiva e legislativa), firmam acordos, almejando alcançar a resolução do problema sem a criação de novos (RUA, 2015, p.15-17).

As *policies* são as atividades que o governo desenvolve (formulação de propostas, tomada de decisões e implementação), por um processo político (*politics*), visando atender aos temas que mobilizam interesses e conflitos da sociedade (RUA, 2015, p.17).

Sob uma abordagem inicial, as políticas públicas são os instrumentos estatais com função social de desenvolver projetos, cursos, treinamentos, proporcionar descontos tributários aos particulares que tenham envolvimento em programas governamentais para o desenvolvimento, proporcionar condições de trabalho dignas, (GONÇALVES, 2011, p.64) condições de moradia, de educação, de modo a impulsionar toda a sociedade a uma vida digna.

A regra é de que as políticas públicas sejam instrumentos necessários para o Estado efetivar direitos fundamentais, retirando-os da mera proteção formal e tornando-os reais em substratos fáticos, pois é direito do “cidadão que o Estado exercite as políticas públicas” de modo que a Constituição vem impedir a omissão com a prestação de direitos previamente definidos. (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 48)

Os direitos sociais não devem ser tratados como benevolência do Estado ou de seus agentes políticos, pois são direitos historicamente concretizados, dialogando com os deveres do Estado em realizar condições para que sejam alcançados (NOVAIS, 2010).

Dispõe Brito (BRITO; LEÃO JÚNIOR, 2010, p.7670) que o conteúdo desses direitos tido como fundamentais são essenciais e “não constitui mero benefício ao bem-estar da população, pois vai muito além, uma vez que sem esse precioso [direito] nem mesmo pode pensar na sobrevivência do indivíduo”.

Tais condições podem ser agendadas, operacionalizadas e implementadas pelas políticas públicas, que surgem como um instituto instrumental de efetivação de direitos, ligando à vontade política ao seu destinatário final, respaldando a Administração Pública na proteção à dignidade da pessoa humana em suas dimensões positiva (limite positivo) e negativa (antidiscricionarietà)⁶⁹.

Em que pese as políticas públicas serem instrumentos que mitigam meios políticos e formas jurídicas, não há como ser afastada a imposição constitucional dos direitos fundamentais e da própria dignidade da pessoa humana em seu processo de elaboração e efetivação.

⁶⁹ Sobre os limites da Administração Pública, Maria Paula Dallari Bucci (2006, pp. 38-40) dispõe que o direito administrativo não pode ser considerado apenas um “direito jurídico”, mas sim um “direito político” face a sua ligação com a vontade política e o interesse dos governantes. Dispõe que “a contenção da discricionarietà, o assim chamado paradigma antidiscricionário, representaria o conjunto de limites negativos à atuação da Administração Pública”, sendo que “este limite negativo consistiria no conjunto de barreiras em torno da esfera de direitos dos particulares”. O pensamento é relacionado com a dimensão negativa da dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais de primeira dimensão, consistentes na limitação de atividade do Estado para garantir a autonomia da pessoa sujeito de direitos. Continua sua percepção dizendo que “faltaria, no entanto, um parâmetro de limites positivos” que consistiria em “um referencial mais completo ou mais consistente de quais são as diretrizes para as escolhas abertas ao Administrador Público”, apresentando as políticas públicas, juridicamente qualificadas, segundo forma e regime próprios, como solução para a ocupação do “espaço desta lacuna”. Parece correto este ponto de vista em adotar as políticas públicas como meio de ligação entre o Estado na figura de seus agentes governantes com a efetivação dos direitos sociais (prestação positiva do Estado).

3.4.1 Contextualização constitucional das políticas públicas como objeto do Direito Administrativo

O Direito Administrativo brasileiro, responsável, em tese, pela regulamentação e tutela das políticas públicas, passou por profunda reestruturação após a Constituição Federal de 1988. Além de uma alocação tópica (Capítulo VII, Título III da CF – “Da Administração Pública”) obteve um conjunto de princípios próprios – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência – que constituiu num “regime jurídico constitucional-administrativo” (BACELLAR FILHO, 2012, p.27).

Todo o Direito, o que abarca as competências do Direito Administrativo, necessitou passar, com a promulgação da ordem constitucional de 1988, por um processo de “constitucionalização”, o qual dispõe como pedra de toque uma interpretação teleológica, fundada e limitada pela abrangência dos princípios constitucionais, buscando a integralização do Direito em razão da dignidade da pessoa humana (SILVA, 2011, p.39).

São fundamentos constitucionais em razão da eficácia principiológica que a Administração Pública possua uma limitação da discricionariedade administrativa (legalidade), cumpra deveres de conduta (moralidade) e possa aplicar diretamente em seus atos os fundamentos constitucionais, ainda que não haja norma infraconstitucional regulamentadora (promovendo a eficiência) (MARRARA, 2010, p.233).

A regulamentação normativa alterou-se de forma paradigmática, devendo a Administração Pública seguir tal alteração. Deixou-se o paradigma do neoliberalismo, no qual “a responsabilidade do Estado foi transferida para a sociedade civil, fragilizando os investimentos nos setores sociais” (COSTA; TOSAWA, 2014, p.140), para uma fase de supremacia da cidadania e da dignidade da pessoa humana em que o Estado figura como o grande sujeito garantidor de meios de efetivação de direitos.

Na perspectiva deste pós-positivismo e neoconstitucionalismo, o texto da lei infraconstitucional “perdeu sua posição central como fonte do direito e passou a ser subordinada à Constituição, não valendo, por si só, mas somente se conformada com a Constituição e, especialmente, se adequada aos direitos fundamentais” (CAMBI, 2007, p.23-24).

Com essa nova fase do Direito⁷⁰, todo o Ordenamento Jurídico passou a ser integralizado em sua forma de ser interpretado, respeitando certa hierarquia no modo de legislar ou aplicar o direito. Em seus caracteres basilares estão os direitos fundamentais, postos, além da condição de direitos subjetivos, como verdadeiros direitos objetivos eficazes, inclusive para a Administração Pública que deve realizar todos os seus atos fundados e objetivando a efetivação desses direitos básicos tutelados.

Uma perspectiva de modernização do direito constitucional, estabelecendo novos valores ao Estado e novas atribuições políticas aos agentes públicos, por meio de positivação constitucional, o próprio neoconstitucionalismo, possui três perspectivas justificadoras: histórica, filosófica e teórica (PIVETTA, 2014, p.90).

Sob o aspecto histórico, contextualizado no segundo pós-Guerra, e em razão do reconhecimento das atrocidades realizadas pelos regimes totalitários, necessitou uma alteração formal e material do Direito Constitucional, herdado pela ordem brasileira de 1988, que por sua vez aglutinou interesses de diversos segmentos da sociedade e estabeleceu um compromisso para um programa democrático, protetivo e vinculado à dignidade da pessoa humana (CLÈVE, 2011, p.39).

Pela filosofia vinculada ao assunto, busca-se uma justificativa pós-positivista, a qual não restringe a atuação jurídica apenas ao texto da lei e sua interpretação gramatical, mas a amplia sem desconsiderar a segurança jurídica (PIVETTA, 2014, p. 91), em prol de atender o seu aspecto teórico que é pautado no reconhecimento da normatividade (e eficácia) constitucional e sua jurisdição ampla, assim como uma nova dogmática de interpretação que culmina no empoderamento principiológico e de direitos fundamentais, proporcionando o “dever de formular e implementar políticas públicas que concentrarão os atos voltados à realização da finalidade constitucional” (PIVETTA, 2014, p. 93).

Deste modo, a constitucionalização do Direito Administrativo, consequentemente de seu objeto Administração Pública, constitui um regime jurídico

⁷⁰ O movimento de reconstitucionalização ou neoconstitucionalismo tem sido atribuído ser oriundo da segunda metade do Séc. XX, quando na Alemanha, pelas experiências jurisprudenciais, estabeleceu-se que as normas constitucionais deveriam orientar a interpretação das normas infraconstitucionais, aplicando aos direitos fundamentais um papel objetivo (possuindo eficácia vertical e horizontal, como ensina SARLET, 2011), devendo o Estado também cumprir tal interpretação, neste sentido está o pensamento exposto no texto de BARROSO, 2011, p.146.

que “disciplina o seu agir, como também lhe impõe objetivos que inobjetavelmente devem ser alcançados, como a realização de direitos sociais” (PIVETTA, 2014, p.93).

Vincula-se o ente administrativo personalizado em seu agente público, a agir vinculado à lei e, quando não no aspecto literal, no aspecto axiológico (inclusive seus atos discricionários) conforme os objetivos impostos por toda uma ordem constitucional, a concretização e expansão material dos direitos fundamentais, a democracia, o interesse social, a dignidade da pessoa humana, tornando todo o Ordenamento Jurídico um sistema coeso.

3.4.2 O aspecto jurídico de políticas públicas: o estabelecimento da atuação do Direito no tratamento da temática

Para o Direito, políticas públicas são instrumentos de ação dos governos e corresponde no modo que os agentes públicos de governo realizam as escolhas e as implementam conforme a vontade política em uma sociedade. “É o *government by policies* que desenvolve e aprimora o *government by law*” (BUCCI, 2006, p.252).

Sua incorporação constitucional se mostra uma importante ferramenta para a consolidação de um novo tratamento sistêmico para as responsabilidades do Estado (VALLE, 2009, p.61).

Consistem nas decisões tomadas a título de um programa (*policy*) que envolvem atores sociais com representação em organizações múltiplas, públicas ou privadas, e que intervêm em diversos níveis, relacionando o interesse de uma ordem não jurídica – política – que pode tratar até sua própria omissão como fundamento político e uma ordem jurídica que visa à implementação e efetividade de objetivos do próprio Estado de Direito (BUCCI, 2006, p. 251).

Diferentemente dos princípios (*principles*), as políticas (*policies*)⁷¹ assinalam um padrão de conduta para atingir uma finalidade de melhoria em razão de alguma

⁷¹ Neste sentido Ronald Dworkin (2000, pp.105-153) defende que princípios seriam metas ou finalidades individuais, possibilitando uma aplicação da norma à pessoa concretamente considerada, face à sua estrutura normativa ampla, que possibilita ao interprete extrair aplicabilidade de acordo com a individual situação empregada, dando gênese a estrutura normativa em um padrão hierarquicamente superior as simples regras normativas. Em contraponto, as políticas (*policies*) estariam ligadas às normas programáticas com finalidade coletiva, que demandam de uma vontade social e apontam para o interesse coletivo realizadas de modo político (*politic*). Uma teoria que se contrapõe a de Dworkin é a de Robert Alexy (2008, pp135-141), que

característica econômica, social ou política da comunidade, ainda que haja metas negativas⁷², implicando na intenção em proteção contra mudanças em características existentes, sendo ligadas às metas e finalidades coletivas (DWORKIN, 2010, p.107).

Aplicando a visão dworkiniana, Comparato (2002, p.53) afirma que o conceito de política pública é entrelaçado ao Direito como “programa de ação” a ser executada tanto pelo Legislativo em sua atribuição de normatizar meios que possibilitem o avanço da sociedade em seus aspectos, quanto ao próprio Executivo, na figura da Administração Pública, para a decisão de implementação de tais atividades de políticas públicas.

O procedimento é autopoiético, já que as normas são criadas por decisão do Legislativo para atender as demandas da sociedade e tais normas, por sua vez geram decisões administrativas para seguir as regras criadas, em um ciclo no qual sempre haverá decisões políticas, normas jurídicas e vontade social (LUHMANN, 1983, p.271).

A comunicabilidade social também está presente, pois “a lei se torna um instrumento da política se a tensão interna, e ao mesmo tempo o próprio meio legal, estipula as condições procedimentais sob as quais a política pode ter a lei à sua disposição” (HABERMAS, 1997, p.153).

Acrescenta Habermas (1997, p.165) que não se poderia a política pública ser interpretada de modo a afastar-se do Direito, pois antes mesmo de ser expressão de vontade da Administração Pública, deve ser um mecanismo de concretização fática dos direitos já expostos e elencados como necessários, visto a validade de sua positivação por meios democráticos. Sarlet (2011, p.382), ainda, dispõe que o Direito vincula a vontade da Administração Pública.⁷³

Seriam, portanto, as políticas públicas “instrumentos de ação do Estado, que pressupõem planejamento e participação popular (direta ou indireta), articulando a

aponta os princípios como mandados de otimização, com conteúdo de possibilidade de gradação, passíveis de serem ponderados entre si.

⁷² Ressalta que as metas negativas não dizem respeito a omissão de atendimento de direitos essenciais ou sociais, mas, traz a previsão de necessidade de políticas negativas no sentido de manutenção do estado de coisas em que se encontram, quando atendidos os direitos previstos.

⁷³ A vontade da Administração não deve ser diferente daquela imposta pela Constituição Federal, deste modo, enquanto criação de políticas públicas para atendimento de direitos sociais, por ser uma vontade vinculada, poderia ser dito que o Administrador Público possui um dever ético de implementação: dever-ser o implementador de políticas públicas, ainda que a vontade política esteja apontando para outra vertente.

atividade administrativa para a realização dos objetivos constitucional e legalmente traçados” (PIVETTA, 2015, p.100).

Podem ser apresentadas em três dimensões⁷⁴: política-norma, política-plano e política-atividade, as quais são tratadas adiante, devendo ser interpretadas à luz repersonalizante imposta pela Constituição Federal.

3.4.2.1 As políticas públicas como meta coletiva de governo: política-plano

É pressuposto da existência de uma política pública o seu planejamento, assim como a própria participação popular realizada diretamente por seus agentes de pressão políticas ou indiretamente por seus representantes políticos. O planejamento da política pública tem ligação ao princípio da eficiência da Administração Pública, pois tem finalidade de conferir maior grau de concretização à prestação almejada (GABARDO; HACHEM, 2010, p. 245).

Seria a política pública o momento de o Estado realizar o seu juízo de valor no sentido de “dever ser⁷⁵” relevada uma necessidade democrática de melhoria econômica, social ou política a condição de ser aplicável em sua execução. Esse é o estabelecimento de valores e metas a serem desenvolvidas pelo governo, de acordo com os anseios sociais e com o respeito aos patamares normativos.

No desenvolvimento de Dworkin (2002), seriam as *policies* as especificidades normativas com conteúdo axiológico de finalidade coletiva, apontadas como metas coletivas, normas programáticas de atendimento à finalidade de melhoramento da coletividade enquanto sociedade. Há de se relacionar, enquanto em vários momentos antagônicas as proposições entre os autores, que Alexy (2008, p.153) dispõe que seus princípios seriam mandados de otimização, o que, apenas nesta determinação

⁷⁴ O termo “dimensões” designa facetas que compõem momentos em que o instituto “políticas públicas” apresenta substrato material que venha a criar ou interferir em direitos ou interesses jurídicos, não representa o total isolamento do conceito, mas sua consideração em completo. As três dimensões “norma, plano ou atividade” são apresentadas por Bucci (2006, p.256) – não com esta denominação – em razão de interpretação do texto de Comparato (2002, p.58-59), embora a metologia da divisão se aproxima muito com a mesma utilizada por Reale (1986) – e até neste trabalho – onde as políticas públicas seriam fato (atividade administrativa), valor (plano de atuação política) e norma (constitucional e infraconstitucional).

⁷⁵ Conforme Reale (1986), o elemento axiológico da Teoria Tridimensional do Direito realiza a ligação entre o elemento ontológico e o elemento jurídico, demonstrando uma noção de “juízo de valor”, onde verifica-se o que “deveria ser”, o que deveria ocorrer de acordo com os valores éticos e jurídicos.

adiante se ligaria – de certo modo – a ideia de *policy*, visto que também visa à implementação de melhora das condições e eficiências dos direitos reconhecidos.

As políticas públicas possuem uma divisão enquanto forma de constituição e concretização em fases intermediárias que compreendem desde seu início até a sua extinção. Tais fases possuem aspectos de interferência e formação (temporal, material, espacial, subjetivo) (SECCHI, 2013, p.42), denominado de “ciclo de políticas públicas⁷⁶” o podendo ser dividido em: formação da agenda, a formação da política, a tomada de decisão, a implementação e a avaliação (HEIDEMANN, 2014).

Sob este aspecto e metodologia, estariam ligados às políticas públicas, enquanto plano, as fases da “formação de agenda e tomada de decisão”.

Entende-se por formação da agenda o processo de elevação de um problema de relevância social a um patamar de relevância para as autoridades do Estado (SECCHI, 2013, p.46).

Consiste em agenda de políticas um elenco de “prioridades inicialmente estabelecidas”, possuindo os governos como agentes da Administração Pública e representantes do Estado a responsabilidade de “dedicar suas energias e atenções” para a implementação e atendimento, sendo que neste cenário, ainda, são encontrados os “atores que lutam arduamente para incluir as questões de seus interesses” (RUA, 2012, p.64). É por meio do processo competitivo de agendamento que se extraem quais serão as questões realmente tratadas pelo governo (RUA, 2012). Esta luta pelos interesses agendados, nem sempre correspondem à vontade de toda a população (GIAZZI; BRITO, 2016, p. 245).

Há, ainda, possibilidade de subdivisão deste agendamento em agenda política (aquela que demonstra a prioridade dos atores políticos), agenda de governo (aquela que compõe o plano de governo do Executivo), agenda da sociedade (aquela que elenca quais as petições que a sociedade em seus diversos atores realmente necessitam), agenda da mídia (sendo os temas que a mídia elenca e passa a ser ator de interferência para o agendamento político) e agenda sistêmica (que representa as necessidades que, independentemente do nicho da sociedade, faz-se necessário à todos os patamares sociais) (RUA, 2015)

⁷⁶ SECCHI (2012, p.44) divide o ciclo de políticas públicas em (i) identificação do problema, (ii) formação da agenda, (iii) formulação de alternativas, (iv) tomada de decisão, (v) implementação, (vi) avaliação e (vii) extinção. Optou-se por não incluir a fase de identificação do problema e extinção por buscar um aspecto jurídico de implementação dos direitos fundamentais sociais, sendo que tais podem ser compreendidas dentro das espécies adotadas.

Nem todas as formas de agendamento integram as políticas públicas em sua dimensão de política-atividade – mas somente aquela que representa a agenda do governo, entretanto, relevantes todas para a formação desta que será a efetivamente executada (RUA, 2015, p. 64-66).

São vários fatores que levam o governo a priorizar determinado tema (*inputs* e *withinputs*) em sua agenda, sendo que estes são levados e realizados em panoramas políticos por atores governamentais e não-governamentais (estes últimos ligados à participação direta da sociedade) (EASTON, 1970).

Ressalta-se que o Judiciário possui um papel como criador de demanda de *inputs*, visto que por força de suas decisões que concedem direitos que deveriam ser instrumentalizados por políticas públicas, salienta ao Administrador Público quais áreas necessitam de atuação política. Ademais, ainda manifesta papel de apoio de *inputs*, vez que interfere de modo ativo na prestação da política pública ao impor a prestação instrumentalizada em decisão judicial àquela situação não atendida previamente (EASTON, 1970).

A dinâmica de determinação da agenda governamental (a que vem a ser traduzida como a agenda com possibilidade executiva por parte da prestação positiva do Estado) passa por arenas políticas conforme a temática (critérios objetivos) e atores (critérios subjetivos) (RUA, 2015, p. 74-76).

Nas arenas distributivas são aquelas que tratam da fomentação de distribuição de condições básicas aos sujeitos sob a responsabilidade de um Estado. Dizem respeito à distribuição de “serviços de hospitais, escolas, estradas, pontes, casas, estas básicas, vacinas aplicadas, medicamentos distribuídos, livros didáticos, etc.” (RUA, 2015, p.75), não havendo no sistema brasileiro rejeição a esta distribuição, em que pese, como já visualizado acima, ser reconhecido certa ligação no aspecto político de paternalidade do governo e uma rasa consciência social de serem implementações de direitos sociais (NOVAIS, 2010).

As políticas públicas formadas com o intuito distributivo visam, de modo geral, “combater as formas de discriminação dos segmentos sociais por meio de ações e programas com informações úteis para superar o preconceito e atingir resultados [através] da justa distribuição de receita obtida pelo governo” (COSTA, TOSAWA, 2014, p.141-142).

Nas arenas retributivas, há a necessidade de imposição do Estado contra um sujeito, considerado por Rua (2015), “perdedor” para que o outro ganhe. São políticas,

como a reforma agrária, na qual o Estado interfere na vida privada de um sujeito para implementar sua política em um nível coletivo.

Aplicando a ponderação de princípios, seriam as políticas retributivas aquelas na quais dois ou mais princípios jurídicos estariam em conflito, sendo cabível ao Estado sua tomada de decisão por ponderação (ALEXY, 2015) – no caso da reforma agrária, a liberdade de disposição e utilização da propriedade privada em conflito com a igualdade e subsistência de várias famílias.

As arenas constitucionais dizem respeito à política realizada nas alterações das normas a ponto de possibilitarem implementação de outros interesses, dizem respeito às “regras do jogo” e à plataforma em qual vai ser desenvolvida a política de atuação estatal. É um constante entrelace de interesses em aceitar uma motivação ou interpretação legislativa para que o Estado se manifeste em favor de algum interesse negociado (RUA, 2015, p.76).

Todas estas arenas, assim como as agendas, levam os Administradores públicos a realizarem as tomadas de decisões em escalas, respondendo qual serão os interesses que serão elencados em seu planejamento, assim como quais terão o início de implementação.

Para que o assunto venha a fazer parte da agenda sistêmica, deve ser ponderado pelos agentes políticos como merecedor de atenção para compor a agenda; deve ter condição de resolutividade e ser de competência dos entes que tornarão responsáveis pelos mesmos (COBB; ELDER, 1983).

Importante consignar a crítica imposta pela interpretação constitucional dos atos administrativos, visto que o Estado já é responsável pela implementação de políticas públicas ligadas aos direitos sociais e demais valores de efetivação da dignidade da pessoa humana, independentemente da realização de uma política pública. Seria, portanto, uma ingerência do Administrador Público na aplicação de filtros que levem a tomada de decisão por não programar política pública sobre direitos sociais.

Deste modo, a formação da agenda determina quais serão as prioridades do governo, levando em conta qual o orçamento, as possibilidades de resolução do problema e os meios que serão utilizados para tal (DIAS, 2012, p.73).

A fase da tomada de decisão também possui necessidade de análise de planejamento, visto que vinculará toda a estrutura administrativa para uma finalidade que antes não era realizada. Representa o “momento em que os interesses dos atores

são equacionados e as intenções (objetivos e métodos) de enfrentamento de um problema são explicitados” (SECCHI, 2013, p.51).

É o momento que o Administrador Público realiza a racionalidade para elaboração de um plano para resolução do problema, avalia as possibilidades e escolhe aquela que atenderá melhor o interesse social e a determinação constitucional de eficiência. É na tomada de decisões que o assunto salta da agenda para a estruturação pré-implementação (LINDBLON, 2014, pp.171-190).

Todas as fases de planejamento das políticas públicas devem ser dirigidas pelos mesmos planejamentos expostos em nível constitucional, consubstanciados na promoção da dignidade da pessoa humana e na maximização da pessoa concretamente considerada.

3.4.2.2 As políticas públicas aspecto legislativo: política-norma

Extraindo das arenas constitucionais, das políticas legislativas, as políticas públicas necessitam de um respaldo legislativo para ocorrer e, ainda, acabam por gerar fundamentos para novas políticas⁷⁷ e novas normas jurídicas (PIVETTA, 2016, p.104).

Enquanto normatização, as políticas públicas são regidas pelo Direito Administrativo, por serem exteriorizadas por atos administrativos, devendo, portanto, estarem de acordo com o princípio da legalidade administrativa. Tal princípio informa e normatiza que todos os atos administrativos devem respeitar norma jurídica previamente existente (constitucional ou infraconstitucional), gerando a integridade do sistema normativo (BUCCI, 2004, pp.255-256).

Neste sentido, pondera-se a reconstitucionalização da discricionariedade do Administrador Público para o núcleo da vontade democrática e promoção dos valores da pessoa concreta, já que sua liberdade de vontade, com a implantação da Constituição de 1988, deve respeitar todos os demais princípios jurídicos constitucionais, assim como ser dirigida a alcançar todos os objetivos do Estado, do

⁷⁷ Esse é um dos conceitos de *withinputs* trazidos por Easton (1970), que considerou os assuntos e demandas consequentes da própria criação de políticas públicas como novos insumos de demanda ou apoio para criação de novas políticas públicas.

qual se destaca a dignidade da pessoa humana por meio dos direitos fundamentais sociais.

Destarte, sem discussão de qualquer inovação legislativa, mas considerado o atual Ordenamento Jurídico, o Administrador Público estaria vinculado também na motivação de sua escolha discricionária pelos mesmos princípios orientadores de “juízo de valores”, a fim de dever realizar sua tomada de decisão a partir dos valores legais já dispostos: a valorização da pessoa humana.

O Administrador Público age de modo vinculado, conforme interpretação estrita ao texto normativo que lhe esteja sendo imposto, como mero executor da descrição da norma. Age, ainda, de modo discricionário, quando o ato é praticado mediante certa liberdade de escolha, um juízo de oportunidade e conveniência do Administrador, podendo escolher o conteúdo, o destinatário, o momento e o modo de realização (MEIRELLES, p.141-146).

Santin (2013, p.228) informa que a discricionariedade⁷⁸ não pode ser um impedimento para a realização de controle por órgãos externos ao da Administração Pública que está realizando a política pública, visto que os princípios constitucionais da eficiência e moralidade impõem o dever de agir a Administração, de mesmo modo que o Judiciário possui o dever de proteção à estrutura legal.

Ademais, como já apresentado, há o entendimento da existência de uma arena constitucional, na qual as forças políticas agem em fomentar alterações legislativas a fim de promover novas formas de políticas públicas.

O fator repersonalizador adentra mais uma vez ao campo da política pública, demonstrando que sua estruturação normativa deve ser interpretada à luz do alcance principiológico da dignidade da pessoa humana, o que representa a obrigatoriedade de visualizar o sujeito enquanto indivíduo e não apenas como pertencente a uma coletividade.

⁷⁸ Mesmo a discricionariedade administrativa sob um panorama neoconstitucionalista, onde acima de qualquer escrita normativa está a defesa dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, deve cumprir e ser vinculada ao texto e conteúdo normativo preexistente, no sentido de não haver um pleno juízo de oportunidade e conveniência para os atores da Administração Pública, mas estarem estes vinculados a realizar suas escolhas e seus juízos de valores possuindo como bússola os objetivos democráticos, os direitos fundamentais e a efetivação de uma sociedade solidária e digna. Neste sentido também dispõem Appio (2005, pp. 143-144), VALLE (2009, p.74) e OLIVEIRA (2005, pp. 69-75).

3.4.2.2 As políticas públicas em aspecto executivo: política-atividade

Diz respeito ao plano tangível das políticas públicas, após a determinação da agenda e a tomada de decisão, parte-se para as fases de implementação e avaliação das políticas públicas.

A implementação de políticas públicas “compreende o conjunto de eventos e atividades que acontecem após a definição das diretrizes de uma política, que incluem tanto o esforço para administrá-la, como seus substantivos impactos sobre pessoas” (RUA, 2015, p.92) e consequências eventuais. É a fase em que as regras, rotinas e processos sociais passam da esfera do planejamento para o reino de ações (SECCHI, 2013, p.55).

É na fase da implementação que o Administrador Público efetiva a realização da atividade, não necessariamente correspondendo à efetivação da concretização do direito pleiteado à sociedade ou ao sujeito concretamente considerado (RUA, 2015). A concretização do direito pode ser dada somente ao fim do processo da política pública já implementada (por exemplo, o direito ao remédio para tratamento de uma enfermidade ocorre ao fim do processo de uma política distributiva onde o Estado já implementou uma legislação para a distribuição, reservou espaços físicos, proporcionou cadastramentos, comprou os medicamentos, contratou servidores e, por fim, realizou a distribuição concretizando o direito social à saúde em uma esfera da pessoa em concreto por meio de um medicamento).

A partir da implementação de uma política, o processo de avaliação desta política deve ser contínuo, buscando o reconhecimento se os objetivos foram atingidos, se a medida dos resultados é consistente com os objetivos que a justificaram e se há impactos que não foram previstos nas fases de planejamento (RUA, 2015, 93). É a avaliação que vai determinar o melhor conhecimento da política pública e o seu real nível de efetividade na redução do problema que a gerou (SECCHI, 2013, p.63).

A avaliação de uma política pública pode ser apresentada como um processo de juízo de valores que objetiva sindicabilizar e estabelecer parâmetros sobre a utilidade e benefícios causados pela intervenção pública na temática eleita, ocorrendo durante todo o período da tratativa da política pública. Avaliam-se critérios como:

coerência, objetivos, processo de implantação, resultados, possibilitando correção ou cancelamento (DIAS, 2012, 84)

Portanto, a fase de avaliação das políticas públicas consiste em um julgamento sistemático aprofundado realizado pelos órgãos de controle (interno e externo) sobre os valores e conteúdo (problemas eleitos e suas soluções, estratégias, estrutura, insumos, atividades, capacidades, hierarquias de procedência e mecanismos de coordenação, produtos, efeitos e impactos). (RUA, 2015)

Possui critérios explícitos ligados à eficiência administrativa, com finalidade de aperfeiçoamento, melhoria ou fundamento de nova tomada de decisão para alterar ou encerrar a política pública implementada, dividindo-se em duas vertentes – uma avaliação técnica com fim na colheita de dados e uma avaliação valorativa para a ponderação dos dados colhidos de acordo (RUA, 2015, 106-107).

Além da avaliação, tem-se o monitoramento como um procedimento avaliativo sumário e contínuo, que gera, durante a vigência da política pública, substratos necessários para o Administrador Público tomar a decisão de continuar ou encerrar tal atividade (RUA, 2015, 109). É o “exame contínuo dos insumos, atividades, processos, produtos [...], efeitos ou impactos de uma intervenção, com a finalidade de otimizar a sua gestão” (RUA, 2015, 109).

Inerente à política pública sua atividade de controle. Consiste o controle das políticas públicas na sindicabilidade do próprio órgão administrativo (controle interno) em realizar o contínuo monitoramento e a prevista avaliação, verificando a vinculação à legalidade e o atendimento à eficiência (ABBOUD, 2013) O controle, também, pode ser realizado por órgão externo (controle externo – ex. Tribunal de Contas), sendo logo adiante trabalhado com maior afinco.

3.4.3. Os objetos vinculados das políticas públicas

A limitação quanto às matérias que poderiam fundamentar políticas públicas estão dispostas nas mesmas limitações opostas ao Estado – seja em qual for a percepção ou órgão.

Limitam a atividade do Estado os direitos fundamentais considerados de primeira dimensão, ligados às liberdades individuais e direitos políticos dos sujeitos humanos (BONAVIDES, 2004, p.517-518).

Deste modo, não poderia haver uma política pública que visasse aumentar o grau de dirigismo do Estado quanto aos direitos da personalidade, intimidade de seus cidadãos, exercício de autonomia privada em respeito à conquista já realizada. Igualmente, os valores fundamentais do Estado (art. 1º, CF) não podem, em sentido contraposto, serem matérias de políticas públicas negativas. Não poderia o Estado, por exemplo, realizar política pública que visasse utilizar seus cidadãos como instrumentos, ferindo-lhes suas autonomias, por ser prática contrária à dignidade da pessoa humana (WEBER, 2013, pp. 24-25).

Ainda, em razão de qual seja o direito fundamental analisado e qual seja a sua dimensão, em razão do princípio da vedação do retrocesso, não poderia o Estado realizar política pública contrária à proteção e prestação dos direitos sociais já existentes ou deixá-la de realizar de modo a comprometer os interesses da sociedade. Estes possuem a “característica de cumulatividade, ou seja, dentro de uma ideia de patrimônio político-jurídico, os direitos sociais reconhecidos por um Estado passam a constituir um verdadeiro patrimônio dos indivíduos, que não pode ser suprimido⁷⁹” (BREGA FILHO, 2013, p.104).

Não aplicar o princípio da vedação do retrocesso à matéria de políticas públicas, assim como em qualquer matéria administrativa, seria conceber que a concretização dos direitos fundamentais é objeto da discricionariedade administrativa (SARLET, 2011, p.427-428). Nesta seara, exemplificativamente, seria vedada a extinção de política pública que venha a impossibilitar o atendimento de direitos sociais à parcela da população – seria proibida a retirada de política pública de bolsas de estudo (direito à educação) para reinvestimento do orçamento público em políticas de fomento industrial (intervenção do Estado na economia).

Como foco do trabalho e buscando a unicidade de interesses protetivos, figuram os direitos sociais como principais reservas materiais a serem implementados pelas políticas públicas.

Nos termos da Constituição Federal brasileira, os direitos sociais devem ser compostos por: previdência social, assistência social, alimentação adequada, saúde preventiva (art. 6º, CF), saúde curativa (art. 196, CF), moradia que proporcione condições sanitárias e de proteção (art. 6º) educação básica ordinária (art. 208, I, CF)

⁷⁹ Para maiores esclarecimentos, o texto de BREGA FILHO traz a problemática em razão da crise econômica de Portugal, onde se pretendeu buscar um breve retrocesso em razão da indisponibilidade econômica do Estado em prover direitos até então entregues à população.

e especial (art. 208, III, CF), serviços de creches e pré-escolas (art. 208, IV, CF), sendo todos estes cumulados com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), visto que são direitos que impõem deveres prestacionais ao Estado (GONÇALVES, 2013, p.188-189), direitos libertários aos sujeitos para exercerem uma condição de vida digna.

Portanto, ainda que possa haver políticas públicas que tratem de outras disciplinas que não elencadas no rol de direitos sociais, desde que não sejam limitadas à atividade Estatal, a decisão de privilegiar a ordem de atendimento aos direitos sociais não cabe discricionariedade do agente público e dos demais atores que auxiliam e interferem na formação da agenda (sistêmica) de políticas públicas, visto que o Administrador torna-se vinculado à realização, e não a supressão, dos direitos sociais evidenciados pelas políticas públicas.

Adiante neste trabalho são abordadas as questões sobre a limitação da vontade da Administração Pública em razão da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, demonstrando os fundamentos constitucionais para uma releitura repersonalizadora do Direito Administrativo e, por conseguinte, das políticas públicas.

4 A REPERSONALIZAÇÃO COMO CONSEQUÊNCIA DA OBSERVÂNCIA DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS NA FORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Repersonalizar seria tornar à pessoa humana algo que se pressupunha ser dela própria. É padronizar alguma coisa com o molde da certa pessoa. Repersonalizar o Direito seria, portanto, reformular toda a sua estrutura conforme os interesses da pessoa humana ou de um parâmetro pessoal, substituindo outro parâmetro anteriormente utilizado - como o patrimônio ou, na proposta apresentada, o interesse público expresso pela Administração Pública.

O termo é constantemente utilizado no ambiente jurídico do Direito Privado⁸⁰, tratando da repersonalização do Direito Civil como um movimento que buscou a substituição do núcleo patrimonial pelo núcleo pessoal, pautado na observância da dignidade da pessoa humana (FACHIN, 2003, p. 14). Atua conforme os princípios constitucionais, regidos por cláusulas abertas e focados na dignidade da pessoa humana (LÔBO, 2009, p.37). “Expressa o assumir de novo fundamento axiológico⁸¹, que passa pelo reconhecimento profundo da pessoa humana como centro e vértice da normatividade jurídica” (MELGARÉ, 2010, p.156).

Repersonalizar é o tratamento utilizado pela doutrina civilista ao fato de interpretar (além de criar e aplicar) as normas jurídicas conforme os ditames constitucionais.

Pode-se dizer que é uma consequência do neoconstitucionalismo que emerge após o segundo pós-Guerra. Traz a estruturação da Constituição Federal pautada em princípios humanos, direitos e garantias fundamentais, solidariedade e dignidade da pessoa humana e, pautada na hierarquia positivista – mas utilizando da ferramenta da norma com alcance de conteúdo amplo, autoaplicável, principiológica, pós-positivista – que dita toda a estruturação do Ordenamento Jurídico e Político.

Não estaria equivocado, no aspecto técnico, dizer que a pesquisa aponta para a necessidade de realização de políticas públicas sob o aspecto neoconstitucional, ou

⁸⁰ Neste sentido Melgaré (2010, p.150-163), Cappelari (2007), Aquino Júnior (2012, n.9. p. 5117-5144), Lôbo (2004), Fachin (2003).

⁸¹ A definição de alteração do fundamento axiológico é salutar para a efetivação da hipótese da pesquisa. As medidas e valores aplicados em todo o ciclo de políticas públicas deve ser o da pessoa humana, representada pelo princípio constitucional de sua dignidade, e não na locução “interesse público”, que de fato é definida pela vontade do Administrador.

seja, que sua formulação e planejamento, sua atividade implementada e as suas normas reguladoras fossem realizadas pautadas nos termos e princípios constitucionais. Entretanto, em razão da força semântica alcançada pelo termo “repersonalização”, que apresenta a obrigatoriedade no atendimento aos princípios constitucionais que são pautados na pessoa humana, “postulando-se pela plena dignidade da pessoa, compreendido o pressuposto compromisso e o recíproco reconhecimento comunitário que [...] a dignidade implica” (NEVES, 1997, p.76) - e nas normas que lhe dão substrato material; os direitos fundamentais.

Deste modo, concluindo o silogismo, apresentando no primeiro capítulo a premissa da pessoa humana como ente a ser tratado concreto e individualmente pelo Direito, apresentando no segundo capítulo a premissa das políticas públicas como efetivadoras de direitos fundamentais sociais, cuida este terceiro capítulo de demonstrar a necessidade da repersonalização das políticas públicas.

São as políticas públicas dirigidas pelo constitucionalismo que impõe os limites nos direitos fundamentais e o propósito na dignidade da pessoa humana, sendo ambos fundamentos que vinculam a vontade administrativa no exercício de seu dever estatal.

4.1 Da dignidade da pessoa humana como norma repersonalizadora e limitadora da discricionariedade administrativa

O valor humano denominado como “Dignidade da Pessoa Humana” adentra ao mundo jurídico como princípio, sendo por isso norma.

A dignidade da pessoa humana é o “primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais”, servindo como “direção, comando a ser considerado pelo intérprete” (NUNES, 2002, p.45). É a dignidade que se apresenta como objetivo a ser concretizado pelos demais direitos fundamentais⁸².

⁸² Há de se relevar que a obra de Rizzato Nunes foi formulada no contexto de alteração do Código Civil, que surge como marco de uma política repersonalizadora, que destacou a importância dos princípios constitucionais em todo o ordenamento. Mesmo quatorze anos após a promulgação da Constituição Federal, o surgimento do Código Civil de 2002 enfrentou muitas limitações interpretativas daqueles que se pautavam por um paradigma patrimonial. Atualmente, a consolidação do entendimento que atribui à dignidade da pessoa humana como núcleo principiológico e interpretativo já é mais aceito no ambiente privado e incorporado aos demais

Sua positivação⁸³ é encontrada como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito, logo no artigo 1º da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III- a dignidade da pessoa humana”.

A dignidade da pessoa humana é um “valor fundamental que informa o conteúdo de diversas normas escritas, ao mesmo tempo em que se condiciona a interpretação constitucional como um todo, principalmente quando os direitos fundamentais estão envolvidos” (BARROSO, 2016, p.58).

Barroso (2016, p. 64-65), numa vertente dworkiniana, afirma que a dignidade da pessoa humana deve ser classificada, possuindo natureza jurídica de “princípio jurídico com *status* constitucional”. Para tanto, recorre aos ensinamentos de Ronald Dworkin (2002, p.22) que coloca os princípios como normas jurídicas que veiculam, em seu conteúdo, exigências de justiça, equidade ou moralidade.

Diferentemente das regras, outra forma de norma, que são pautadas na exatidão da previsão da conduta, os princípios possuem um conteúdo dimensionado, possível de gradação, sem conteúdo exatamente estanque, mas com dimensão de peso para aplicação na situação em concreto. (DWORKIN, 2002, p.24).

Os princípios podem ter aplicabilidade relativizada quando em uma circunstância em que princípios se contrapõem, sendo passível de ponderação e proporcionalidade (ALEXY, 2015, p. 26).

De modo geral, princípios jurídicos são normas que “possuem maior ou menor peso de acordo com as circunstâncias”, fornecendo argumentos que devem ser

campos jurídicos. O autor (NUNES, 2002, p.45) ainda apresenta um comparativo, afirmando que parte da doutrina (referindo-se, como exemplo, a José Souto Maior Borges em sua publicação na “Revista Dialética de Direito Tributário, n.32., p.45) – doutrina esta influenciada pelo paradigma anterior à nova ordem constitucional – elege o princípio da isonomia como principal garantia constitucional, sendo rebatido com o argumento de que a isonomia serviria para gerar o equilíbrio real e, com isso, concretizar a dignidade da pessoa humana.

⁸³ Na obra de Barroso (2016, p.55-60) é apresentada uma série de argumentos contrários à utilização da dignidade da pessoa humana como conceito jurídico. O primeiro argumento é a ausência de positivação constitucional em algumas constituições (ex. Estados Unidos da América e França). Stephen Wermeil e Seth Stern (2010, p.423) afirmam que “*respect for human dignity clearly is spun out of thin air*” – o conceito de dignidade humana claramente saiu de lugar nenhum. Rao (2008, p.204), por sua vez, representando a segunda linha argumentativa, afirma que por ser um conceito europeu, a dignidade da pessoa humana não poderia ser incorporada ao sistema americano para evitar o enfraquecimento de seu constitucionalismo, formado por valores individuais e não comunitários. O terceiro argumento crítico a incorporação jurídica da dignidade da pessoa humana diz respeito a um suposto esvaziamento do termo, considerado um “conceito inútil” e uma “repetição vaga” de outros conceitos já existentes, ao ponto que a supressão da terminologia não acarretaria nenhum problema de conteúdo (MACKLIN, 2003, p.1419).

considerados pelo aplicador da norma, gerando “regras que regem situações específicas” (BARROSO, 2016, p.65-66).

Quando tais princípios estão dispostos constitucionalmente, denotariam os valores superiores que uma sociedade política teria adotado, formando a essência do sistema constitucional. A dignidade da pessoa humana se coloca como um princípio constitucional que enraizada na percepção ético-social, antecede sua caracterização jurídica, dando legitimidade e efetividade ao sistema jurídico (ROCHA, 1994, p.23).

Uma representação gráfica e simbólica da funcionalidade de um princípio jurídico está disposta na alegoria de dois círculos que dividem o mesmo centro, onde o primeiro círculo (disposto internamente, próximo ao núcleo) representaria o seu conteúdo essencial, sendo fonte direta de direitos e deveres, autoaplicáveis. O segundo círculo (mais distanciado do núcleo) representaria o seu sentido interpretativo, que demonstra como devem ser interpretadas as demais regras e apontamentos do Ordenamento Jurídico, de modo a proporcionar a extração do sentido das normas postas (BARCELLOS, 2008, p.122-123).

Interpretando a alegoria, corresponderia a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio jurídico com função normativa – de fonte direta de direitos e deveres –, como cláusula geral de tutela jurídica (MORAES, 2009, p. 117-118).

Por si só, ainda que não estivesse positivada constitucionalmente (o que seria extraída pelas razões de tutela de seus substratos materiais – liberdade, igualdade, solidariedade e aspectos psicofísicos⁸⁴), a dignidade da pessoa humana demonstra a existência de um direito específico que não possui um conteúdo fechado ou exaustivo, formulado de modo a se encaixar nas razões circunstanciais do fato concreto. Demonstra, assim, o alcance e tutela alcançável.

Enquanto à função de vetor de interpretação, o princípio da dignidade da pessoa humana nortearia a interpretação a ser dada em outras fontes normativas, apresentando-se como fundamento para todo o Ordenamento Jurídico (SCHREIBER, 2013).

Deste modo, ao tratar de uma limitação oponível contra o Estado na interferência de um direito de intimidade de uma pessoa presa, ainda que não haja tal limitação expressada legalmente de forma mais específica, existe a tutela legal pela garantia da dignidade da pessoa humana; em sentido semelhante, ainda que o direito

⁸⁴ Nesta visão, Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p 107-149), conforme já tratado no primeiro capítulo.

esteja veiculado em uma lei, se este conteúdo for conflitante com o respeito à dignidade da pessoa humana, tal lei será considerada inconstitucional.

Barroso (2016, p. 66) acrescenta a explicação de que uma lei é “inconstitucional em abstrato quando é contrária à constituição [...] em qualquer circunstância” sendo, ainda, inconstitucional em concreto quando possui adequação com o texto constitucional, mas quando submetida a um caso concreto revela consequências que estão em desacordo com os princípios constitucionais.

Enquanto princípio jurídico, a dignidade da pessoa humana não é absoluta. De igual modo, enquanto valor a dignidade humana não se mostra com uma medida absoluta (BARROSO, 2016, p.66) – natural de sua concretização singular, de sua característica construtiva e histórica –, sendo importante tal relativismo para proporcionar resoluções quando houver colisão com outros princípios jurídicos.

Em um conflito de princípios, contrário ao afastamento ou invalidade típica das regras, busca-se a maximização de sua otimização – atendendo a maior amplitude de sua finalidade – em um determinado contexto, valorizando a interpretação sistemática (ALEXY, 2015, p.86-87).

Ainda que haja conflito entre duas situações contrapostas regidas pelo princípio da dignidade da pessoa humana (em relação a sujeitos diferentes, duas ou mais pessoas), existe a possibilidade de solução, diferentemente se fosse um conceito absoluto – “um choque de absolutos não tem solução” (BARROSO, 2016, p.66).

Neste aspecto, Nunes (2002, p.56) estabelece uma proposta de resolução de conflitos de dignidades, onde o princípio da proporcionalidade atuaria como instrumento de “segundo grau” para resolver – dirigido pela própria concretização da dignidade da pessoa humana – eventual conflito⁸⁵.

Neste sentido, um conflito de implementação de políticas públicas para concretização da dignidade da pessoa humana, deveria, antes, passar pelo viés de possibilitar o direito especificamente posto, no caso da tratativa da temática, os direitos sociais, para, após, verificar qual poderia melhor efetivar o valor da dignidade.

⁸⁵ A proposta feita dispõe que “o interprete operará da seguinte maneira. No exame do caso concreto ele verificará se algum direito ou princípio está em conflito com o da dignidade e este dirigirá o caminho para a solução, uma vez que a prevalência se dá pela dignidade. A proporcionalidade aí comparece para auxiliar na resolução, mas sempre guiada pela luz da dignidade.” (NUNES, 2002, p.56).

Ao definir a dignidade da pessoa humana como princípio jurídico, o poder impositivo de uma norma jurídica é alcançado a este valor filosófico, realizando a abertura do sistema jurídico ao sistema da filosofia moral⁸⁶.

Encorpendo a proposição levantada, a determinação da dignidade da pessoa humana como um direito autônomo, esvaziaria parcela de sua atividade e funcionalidade, já que, enquanto direito concretamente considerado, poderia ser afastado em alguma ponderação.

Enquanto princípio de ordem constitucional, guarda conteúdo ligado à consagração de vários direitos, sendo “alicerce último de todos os direitos verdadeiramente fundamentais”, compreendendo em seu conteúdo vários direitos distintos, assumindo uma posição superior as demais normas (BARROSO, 2016, p.67-68).

Portanto reconhecida com natureza jurídica de princípio constitucional fundamental, a dignidade da pessoa humana torna-se impositiva a todos da sociedade, concretizando a vontade da própria Constituição Federal.

É transformada em força ativa, dispendo a orientar todas as condutas da sociedade segundo a ordem por ela estabelecida, a “despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes do juízo de conveniência”, constituindo parte da maior garantia de força normativa (HESSE, 1991 p.19-27), obrigando a todos os seus destinatários curvarem-se diante de seus postulados de natureza mandamental, sejam estes os particulares ou o próprio Estado – em seus aspectos e funções administrativa, executiva ou judiciária (ANDRADE, 2007, p.163) –, o qual tem-se o objetivo para o recorte deste trabalho, visto ser o responsável pela elaboração das políticas públicas.

⁸⁶ Barroso (2016, p.67) apresenta o discurso de abertura do sistema jurídico ao sistema filosófico moral, propondo sobre a não exatidão necessária ao conteúdo da dignidade da pessoa humana em razão às suas próprias características filosóficas, atribuindo o pensamento à Alexy (*A theory of constitutional rights*, 2004, p.4). Salienta-se que o pensamento que influenciou Alexy neste ponto seria o de Luhmann (Sociologia do Direito, 1983) que estabeleceu o sistema jurídico como um sistema autopoietico, mas que eventualmente se apropria de termos de outros sistemas.

4.1.1 A limitação da discricionariedade administrativa na elaboração de políticas públicas

Não poderia o ente estatal, nos aspectos ligados às políticas públicas – na dimensão da atividade e em sua sindicabilidade, o Executivo, na dimensão da norma, o Legislativo, na dimensão do controle externo, o Legislativo e o Judiciário –, deixar de realizar prática que promova a dignidade da pessoa humana ou, ainda, criar políticas públicas não atendendo à luz da dignidade enquanto repersonalizadora das atividades jurídicas e políticas.

Por ser ato administrativo a criação e implementação de uma política pública em seu aspecto atividade, ainda por estar intimamente ligada à matéria política, o que denota uma pendência para o lado não jurídico e sim administrativo-político, tratar dos aspectos ligados ao poder discricionário da Administração Pública e sua vinculação à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais enquanto normas, faz-se necessário para o apontamento repersonalizante tratado.

Para uma abordagem sistêmica na elaboração de políticas públicas, pode-se valer da estruturação na qual as políticas públicas (*policies*) são oriundas do sistema político (*politics*) (DWORKIN, 2003).

Estaria tal sistema organizado para atuar em campos da sociedade cujo ente administrativo possua competência de atuação e interferência em temáticas sociais, econômicas e demais possíveis, todos estes consistindo um sistema nacional mais amplo. O sistema político receberia *inputs* do sistema nacional, sintetizando *withinputs* e políticas públicas e produzindo *outputs* que são entregues ao sistema nacional, autor da demanda (EASTON, 1970).

Os *inputs* estariam representados por demandas da sociedade e apoios para a realização das políticas públicas, apresentando-se como insumos para a elaboração das políticas públicas. Os *withinputs* seriam demandas e apoios frutos da autopeiose do sistema político, criados com os insumos já incluídos no próprio sistema político. Os *outputs* seriam as ações e decisões tomadas pelo ente administrativo e entregues como políticas públicas, efetivando direitos (EASTON, 1970).

Deste modo, a atuação do Administrador Público deve ser realizada tanto na filtragem dos *inputs* e *withinputs* de demanda e busca de *inputs* e *withinputs* de apoio, quanto na tomada de decisão para a realização de ação a ser entregue ao sistema

nacional, estando o problema encarado na justificativa na fundamentação ora arbitrária desses passos decisórios do Administrador.

Os *outputs* devem prever a tratativa dos interesses jurídicos tutelados em nível personalíssimo, por serem representantes do princípio da dignidade da pessoa humana.

A discricionariedade administrativa, avaliada como um poder ou uma atividade, consiste na atribuição dada pelo próprio texto legal ao Administrador Público para decidir com possibilidade de escolha, o que se difere do “arbitrio⁸⁷”, que denotaria uma abusividade (MEDAUAR, 2015, p.135).

Em suma, a discricionariedade é a “liberdade dentro da lei”, sendo a “margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que ele cumpra o dever integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica diante do caso concreto” (MELLO, 2010, p.436).

A priorização de políticas públicas é escolha do Administrador Público, entretanto, tal escolha não pode ser no sentido de permanecer sem realizar políticas públicas que possuem como objetivo a implementação de direitos fundamentais. Tal ato omissivo não é outra coisa a não ser arbitrariedade, visto que a omissão no cumprimento da Constituição precisa ser corrigida, podendo o Judiciário realizar tal correção (FREIRE JÚNIOR, 2005, p.71).

Seria o Administrador arbitrário aquele que impõem uma vontade não fundamentada, enquanto seria um Administrador discricionário, aquele que, verificados os parâmetros da lei sobre determinado assunto, escolhe, de modo fundamentado na própria legislação, qual o ato que será realizado (MADALENA, 2016).

Quando tratada a discricionariedade, significa uma condição de liberdade do administrador, mas não liberdade ilimitada, correspondendo à vinculação não só às normas, mas “a uma rede de princípios que asseguram a congruência da decisão ao fim de interesse geral e impedem seu uso abusivo” (MEDAUAR, 2015, p.137).

A liberdade que o administrador possui em realizar a sua escolha leva o nome de “mérito administrativo”, correspondendo ao juízo de conveniência e oportunidade

⁸⁷ Seria arbitrio uma desvinculação com padrões de escolha, aplicando a mera vontade do governante.

de escolha, manifestado pela autoridade administrativa com poder discricionário, no atendimento ao interesse social⁸⁸ (interesse constitucional) (MEDAUAR, 2015, p.137).

Essa conveniência consistiria no núcleo do mérito, seu critério volitivo, visto que demonstra a própria autonomia da vontade do administrador em realizar sua escolha, enquanto a oportunidade corresponderia ao critério temporal, apontando o momento determinado pela lei para a realização do juízo de mérito.

De modo geral, a doutrina administrativista do direito⁸⁹, expõe que tal vontade do administrador deve ser dirigida pelo “interesse público”, considerado este acima do interesse arbitrário do próprio Estado, sendo “resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem (MELLO, 2010, p. 70-71).

Como a pessoa do Administrador Público, assim como os legisladores ligados ao ciclo de políticas públicas, atua com discricionariedade – na formulação de normas, arenas de debates, escolha de agendas, tomadas de decisões, implementação, avaliação e controle –, tal atividade estaria em determinar “qual interesse público é este” em uma moldura expressa pelo próprio direito positivo (MADALENA, 2016, p.98), agindo de acordo com o princípio da legalidade administrativa.

Nesta seara que são encontradas, para finalidade desta pesquisa, as normas com fundamento repersonalizante, visto estarem diretamente pautadas no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e serem tratadas como direitos fundamentais.

O Estado Democrático de Direito se caracteriza não apenas pelo “princípio da legalidade formal que subordina os poderes públicos às leis gerais e abstratas, mas também pela legalidade substancial que vincula o funcionamento dos três poderes à garantia dos direitos fundamentais” (ABBOUD, 2014, p.156), sendo que tais direitos constituem uma reserva jurídica que não pode ser atingida pelo particular ou pela Administração Pública (ou por todos os demais entes públicos), ainda que sob veículo de lei, a todo administrativo ou decisão judicial (STEINMETZ, 2004, p.25-37).

⁸⁸ A disposição de MEDAUAR traz o termo, assim como a maioria dos “manuais e cursos” de Direito Administrativo, “interesse público”. Para a proposta deste trabalho, vinculou-se a terminologia “interesse social” ou “interesse constitucional”, referidos nas obras de MADALENA (2016), GEORGES ABBOUD (2014) e SARLET (2011).

⁸⁹ Neste sentido CAVALCANTI (1938 *apud* MADALENA, 2016), CAMPOS (1958, *apud* MADALENA, 2016), MEIRELLES (2013), MELLO (2010).

Os direitos fundamentais de primeira dimensão – direitos ligados à liberdade individual e aos direitos políticos (SILVA, 2005, p.277) – possuem motivação histórica na limitação do poder do governo sobre os governados, garantindo assim a autonomia e o desenvolvimento como pessoa de valor intrínseco a ser considerado. Quando confrontados com a discricionariedade administrativa, revelam dois conflitos de interesses: (i) vontade do governante x direitos fundamentais de primeira dimensão; (ii) interesse público x direitos fundamentais de primeira dimensão.

Para o primeiro conflito, não há muita dúvida na sobreposição dos direitos fundamentais de primeira dimensão sobre a vontade do governante (Administrador Público), visto que a mera vontade do governante seria considerada arbítrio, não podendo, esta, se impor de forma contrária aos direitos fundamentais.

Para o segundo conflito, não há discussões sobre o seu aspecto abstrato (não existem dúvidas sobre a predominância de direitos fundamentais sobre arbitrariedade governamental), visto que os direitos fundamentais em seu aspecto objetivo atuam, justamente, para limitação da atividade do Estado sobre o particular (deveres negativos do Estado) (BONAVIDES, 2004, p.517).

Entretanto, quando observado o aspecto concreto da aplicação dos direitos fundamentais de primeira dimensão, constantemente ocorre um afastamento dos substratos materiais da dignidade da pessoa humana (liberdade, igualdade, solidariedade e aspectos psicofísicos⁹⁰) para o afunilamento do conflito de interesse público e interesse individual, apontando o Administrador Público como um guardião do interesse público⁹¹ e o interesse individual como um arbítrio volitivo⁹² de um indivíduo.

Como apresentado no próximo tópico, a releitura constitucionalizante do princípio da “supremacia do interesse público” apontando como um interesse social

⁹⁰ Neste sentido, MORAES (2006, p.120-143), acrescentado da crítica já exposta no item 2.3.1 desta pesquisa quando ao termo “integridade psicofísica”, o qual é substituído por “aspectos psicofísicos”.

⁹¹ MADALENA (2016, p.99), ao sintetizar o pensamento de MELLO (2010), descreve que o Administrador Público deve atuar na moldura da lei, naquilo que a normatividade positiva deixou para ser completado pelo intérprete jurídico. Para tanto, “seja pela necessidade de interpretação das prescrições normativas inerentes a sua atividade, seja pela aferição material do que venha a ser o interesse público quando à míngua de definição legal aplicável” o agente administrativo deverá exercer sua discricionariedade para delimitar o conteúdo de o quê seria interesse público. Mas a frente em sua obra, Madalena apresenta a crítica no mesmo sentido desta pesquisa, formando junto com ABBOUD (2014) o referencial teórico da temática de discricionariedade administrativa.

⁹² A efetivação da dignidade da pessoa humana, mesmo sendo norma repersonalizadora, não exclui a contextualização do indivíduo em sua sociedade, até porque prescreve sua dimensão comunicativa e seu dever de alteridade.

ou constitucional, faz concluir que a discricionariedade administrativa estaria, também, limitada aos direitos fundamentais de primeira dimensão concretamente considerados, pois se desenvolvem na atividade pessoal como próprio substrato do princípio da dignidade da pessoa humana e, este sim, é o fundamento do interesse público constitucional, estando acima da vontade do Administrador.

Em tratando de direitos fundamentais de segunda dimensão, representados nos direitos sociais e culturais, ligados a ideia de igualdade material (SILVA, 2005, p.286), assumem-se estes enquanto garantias de operacionalização positiva do Estado, ou seja, com finalidade de vincular o ente público a realizar prestações que atendam às necessidades da sociedade e, assim, promover condições emancipatórias e igualitárias, a confrontação com a discricionariedade administrativa também só é aparente quando observado o aspecto concreto de aplicação da norma fundamental.

Não há quaisquer dúvidas, no plano abstrato, que o agente público deva respeitar e agir conforme a disposição de direitos fundamentais (pelo próprio princípio da legalidade exposto no art. 37, CF). Tal obrigatoriedade fica mais evidente diante dos direitos fundamentais sociais, visto que demonstram, no plano jurídico, a própria atividade estatal como grande ente social concretizador de direitos para sua população (SARLET, 2011, p.47-48).

No plano de concretização de direitos fundamentais, sob o qual se vincula as políticas públicas, a discricionariedade administrativa revela, também, dois conflitos: (i) a escolha de qual tema de direito fundamental social será trazido à agenda sistêmica – discricionariedade x necessidade de tutela sobre os direitos sociais; (ii) a escolha de qual direito fundamental agendado será implementado em razão do orçamento disponível, ou seja, qual “tema” jurídico será concretizado (fases de implementação e avaliação) – discricionariedade orçamentária x direito social individualmente considerado x reserva do possível.

A proposta está em uma única resposta para ambos os conflitos, visto que os direitos fundamentais possuem eficácia imediata e objetiva, vinculando a todos, inclusive ao Poder Administrativo e, acrescentando a dignidade da pessoa humana (SARLET, 2011) – que atribui valoração e consideração concreta da pessoa tratada enquanto indivíduo. Deve ocorrer a predominância dos direitos fundamentais sociais como efetivadores da dignidade humana concretamente considerada sobre a discricionariedade administrativa.

Não teria nesta argumentação, portanto, espaço para o exercício discricionário, o Administrador Público em deixar de tratar os direitos fundamentais sociais, necessitando colocá-los sempre em agenda (não havendo discricionariedade, mas vinculação, deste agendamento) e buscando sua implementação⁹³.

Para os direitos fundamentais de terceira dimensão – direitos ligados à solidariedade, com sujeitos coletivos (SARLET, 2011, p. 48) -, o único conflito visualizado quando tratado em relação à discricionariedade administrativa, face sua impossibilidade de individualização de sujeitos natural ao seu conceito, é na tomada de decisões e no agendamento. A solução é a mesma empregada nos direitos fundamentais de segunda dimensão. Não há discricionariedade do Administrador Público para preterir um direito fundamental, sendo que estes vinculam suas atividades.

Cabe lembrar que nenhum desses direitos é absoluto, havendo situações concretas a serem analisadas e ponderadas, entretanto, todos os atos administrativos discricionários devem ser postos a fio de um “feixe de princípios e regras, como sói acontecer com os direitos fundamentais” (FREITAS, 2009, p.30).

Sendo considerado o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como vetor de interpretação, implementação e exercício de direitos e deveres, inerente ao sistema jurídico constitucional brasileiro (NUNES, 2002, p.50-58) a consideração da pessoa concreta enquanto sujeito de direitos, não bastando apenas a harmonia entre os poderes – judicial, executivo e legislativo – no plano abstrato, mas que todos estes poderes possam implementar direitos (fundamentais) que cheguem ao destinatário concretamente previsto na Constituição, a pessoa humana individual, em razão de seu próprio valor intrínseco, nos substratos de concretização da dignidade.

⁹³ Há, constantemente, a argumentação do interesse público predominando sobre o interesse individual quando o sujeito individual concretamente considerado pleiteia seu direito social, tema que será tratado em tópico posterior sobre a reserva do possível e os precedentes jurisdicionais.

4.2 A superação da supremacia do interesse público pela supremacia do interesse constitucional na tratativa de políticas públicas e direitos sociais

Pensando na alteração paradigmática frente à constitucionalização do Direito Administrativo - o que alcança as políticas públicas e deriva-se a repersonalização destas – deve, no Estado Constitucional, haver a subordinação da Administração à lei e, em razão dela, o reconhecimento da posição constitucional dos particulares e da indisponibilidade de seus direitos fundamentais.

O relacionamento entre a Administração Pública e o particular deve ser pautado na base de seus próprios fundamentos jurídicos. Diz respeito à Administração suas “atribuições legais e desempenho de poderes e cumprimentos de obrigações que lhe compre constitucional e legalmente” e aos particulares, seus direitos fundamentais (ABBOUD, 2014, p.159).

A máxima proposta por Machete (2010, p.219) sintetiza muito bem, visto que “não há poder soberano que seja considerado isoladamente”. Não é o Judiciário soberano, nem o Legislativo, tampouco a Administração Pública, pois todos devem respeito à soberania dos princípios e regras constitucionais.

A Administração Pública pautada na Constituição não possui espaço para o exercício ajurídico do poder (ABBOUD, 2014, p.193), havendo, em razão do respeito ao princípio da legalidade, um princípio da juridicidade administrativa. Não há agir da Administração, ainda que este agir seja político, que não tenha de ser pautado e orientado pelos princípios constitucionais (BINENBOJM, 2008, p.12)

O já consagrado princípio da legalidade na Administração Pública, expresso no Art. 37, CF, possui outra conotação diante de uma releitura de toda a sistemática jurídica imposta pela hierarquização suprema da Constituição perante dos aspectos internos do Estado, de seu conteúdo principiológico que não perde a qualidade normativa e a vinculação objetiva a todos os sujeitos (FAGUNDES, 2010, p.88-89) - particulares e entes públicos – possibilitando, ainda, uma subsunção às situações jurídicas diversas e concretas, atingindo a individualidade de cada sujeito face à sua característica e conteúdo amplo e poroso⁹⁴.

⁹⁴ Sobre a necessidade de concretizar o direito na pessoa individualmente considerada, sua digressão textual está no primeiro capítulo, já abordado neste trabalho.

A legalidade administrativa, entendida sempre com a interpretação estrita (DI PIETRO, 2006, p.81) – de que o administrador só pode realizar a sua atividade na moldura da lei, quando houver previsão legal para a atividade, exercendo sua discricionariedade também no desenvolvimento e permissivo legal (MEIRELLES, 2013, p. 127-128) –, é ampliada em seu conteúdo material, vinculando o administrador não só ao determinado nas leis estritamente consideradas, mas a todo um sistema normativo constitucional (MEDEIROS, 1999, p.189), ainda que este possua princípios com o conteúdo não definitivo, diferente de como ocorrem nas regras (maioria das leis infraconstitucionais).

Com isso, o Administrador Público, principal responsável pela implementação das políticas públicas (VALLE, 2009, p. 62), age com uma diminuição de elementos volitivos (a própria vontade do Administrador), mas com uma nova discricionariedade, correspondendo esta a um dever de realizar a interpretação jurídica de suas atividades políticas, conforme os princípios constitucionais e pautada, sempre, no princípio da dignidade da pessoa humana – valor fundamental do próprio Ordenamento Jurídico.

Em se tratando do elemento volitivo, desde a superação paradigmática moderna, este foi alterado (ao menos formalmente⁹⁵) da vontade do governante para a vontade pública. Em uma democracia, não se espera que a Administração Pública realize a vontade do próprio governante (o que ocorria em uma era absolutista), mas que tal vontade seja fruto de uma construção social, representando a própria vontade pública exposta na constituição (HABERMAS, 1997, 166).

Conceito relativo à vontade pública é o de interesse público sendo este informativo ao “que se tem em vista proteger [...], o direito público, normas de interesse público” (DI PIETRO, 2006, p.82), vinculando toda a Administração e mesmo o Legislador a pensar de modo coletivo, na decisão que melhor atenda a toda a coletividade atendendo ao “bem-estar coletivo”, declarando a “supremacia do interesse público sobre o individual” como máxima da Administração Pública. O vocábulo “interesse” diz respeito à uma “relação entre dois entes” ou “entre um sujeito

⁹⁵ MADALENA (2016, p. 54-81) demonstra a pesquisa de como o direito administrativo se construiu e teve seu antecedente histórico absolutista, onde a vontade arbitrária do governante era imposta. Com a modernidade e a alteração proposta pela filosofia iluminista, a importância do direito como forma de limitar a atividade do Estado tornou-se base para uma valorização constitucional. Dworkin (2002, p. 294) estabelece que “os direitos fundamentais constituem uma limitação para o próprio governo”.

e um objeto”. Forma-se da captação de um aspecto da realidade e a identificação da necessidade do sujeito, complementando a identificação de um objeto apto a satisfazer aquela necessidade (RODRIGUES, 2013, p.45). O interesse público⁹⁶ seria, portanto, resultante do conjunto de interesses que os indivíduos possuem em uma sociedade, formando o interesse da coletividade onde estão inseridos (MELLO, 2007, p. 57-59).

Primeira crítica que se faz a este postulado, em razão da temática apresentada, é a conseqüente diminuição extrema do interesse do particular, reduzindo apenas ao interesse patrimonial realizado nas contratações privadas e excluindo os interesses privados essenciais, ligados à própria condição de vida concreta. Pensando apenas naquelas situações em que ocorrem relações com finalidade patrimonial entre os sujeitos privados, justo e aplicável a máxima da supremacia do interesse público sobre o privado, visto que se a negociação ferir de algum modo interesses sociais, não poderia o interesse privado ser preponderante⁹⁷.

A própria ideia de autonomia privada – produto da releitura moderna da autonomia da vontade – já limita o interesse privado a condições constitucionais, não podendo o particular realizar negociação que venha a ferir os princípios constitucionais (NORONHA, 1994, p.23) – entre outros, a dignidade da pessoa humana, a boa-fé objetiva, a função social e aqueles relativos aos direitos fundamentais. Tal limitação pode ser extraída da dimensão comunicativa do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, em razão da alteridade esperada para

⁹⁶ Rodrigues (2013, p. 45-48) divide o interesse público em interesse público primário e secundário. Seria o interesse público primário aquele “pertencente ao povo, o qual o Estado (como ente representativo) se encarrega de promover e efetivar”, enquanto o interesse público secundário seria “o interesse privado que o Estado possui como pessoa jurídica de direito público, capaz de ter direitos e obrigações como os demais sujeitos de direito”. A respeito da completude de seu texto, aparenta-se que o autor pretendeu chegar à mesma conclusão desta pesquisa, embora a permanência da utilização das terminologias administrativistas não atendeu a contento a repersonalização necessária. Afirmou que “o conteúdo do interesse público é definido em cada caso concreto no exercício das funções pelo ente político competente para tal”, assim como assinalou o limite de atuação, uma vez que amais se poderia pensar na hipótese de o Estado atender a seus interesses secundários em detrimento ou contrariamente aos interesses primários”. Parece apenas insuficiente elevar a criação de um interesse público dando poderes discricionários ao Estado para formular o seu conteúdo, visto a não participação democrática da sociedade em tal processo e, ainda, retirar tal atribuição dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, que surgem, justamente, para limitar a interferência do Estado.

⁹⁷ Para este argumento, utiliza-se o texto de AMARAL (2006, p. 8-13) e o texto de NORONHA (1994, p. 20-24) e suas construções do princípio da autonomia privada como ambiente de exercício da vontade privada, que também é limitada pelas regras constitucionais.

a concretização do valor ontológico de todos os sujeitos concretamente considerados⁹⁸.

A segunda crítica, que acaba exemplificando e respondendo a primeira, é exposta no “frequente problema que existe entre o interesse público e os direitos fundamentais” Os direitos fundamentais são direitos que constituem elementos basilares do próprio sistema jurídico e do próprio Estado, manifestam interesses públicos e privados, possuindo função social e funcionalizando a própria democracia (ABBOUD, 2014, p.201). Estando os direitos fundamentais ligados à dignidade da pessoa humana, inerente deve ser a observância dos interesses da pessoa em concreto na realização da atividade da Administração Pública.

A construção dos direitos fundamentais respeita toda uma historicidade que culmina não só nos interesses daquele que lhe figuram como sujeitos destes direitos, mas de um interesse da própria sociedade que formou o arcabouço jurídico fundamental e o dispôs com *status* constitucional. Portanto, a imposição, em nome de uma supremacia do interesse público, de limitação ao exercício ou acesso pelos particulares aos seus direitos fundamentais demonstra um paradoxo, por desrespeitar o próprio interesse público que formulou a fundamentalidade da Constituição Federal (ABBOUD, 2014, p. 203).

Todos os direitos fundamentais em suas diversas dimensões são pautados no princípio da dignidade da pessoa humana e diante deste são interpretados (SARLET, 2015, p.95-104). O interesse público legítimo consta em seu conteúdo – seja na dimensão comunicativa como na dimensão dualista da dignidade da pessoa humana, ou seja, em seus substratos materiais de liberdade, igualdade e solidariedade, além, claro, dos próprios direitos da personalidade representados nos aspectos psicofísicos⁹⁹ – pois é interesse da sociedade a qualificação digna da vida de seus sujeitos individualmente e coletivamente considerados (DWORKIN, 2003, p.295).

Deste modo, a vontade maior a ser observada é aquela disposta na norma maior de um Ordenamento Jurídico, não somente em razão de hierarquia, pois isso poderia levar a afirmações e interpretações com consequências absurdas como já

⁹⁸ Quando analisada situação existencial ou ligada à interesses não patrimoniais dos particulares, revela-se uma celeuma para a aplicação da supremacia do interesse público sobre o privado, pois se a máxima fosse verdadeira, não haveria situações de prevalência de direitos individualmente considerados, como exemplo da existência de responsabilidade civil por dano moral contra o Estado, contra ente coletivo ou, ainda, provimentos mandamentais em razão de negativa de direitos individuais por entes públicos.

⁹⁹ Sobre as dimensões e os substratos da dignidade da pessoa humana, ler o item 2.2.5.

ocorreu no *Reich Alemão*¹⁰⁰, mas principalmente por estar na Constituição Federal a disposição dos princípios de proteção humana, de equilíbrio das forças do Estado, de alvos políticos e jurídicos¹⁰¹. É a releitura do princípio da legalidade em favor do princípio da constitucionalidade (ABBOUD, 2014, p. 189-199) trazendo como resposta a “primazia dos direitos fundamentais sobre o interesse público” (ABBOUD, 2014, p.202), que Dworkin (2002, p.294) afirma tratar de “premissa fundamental para a concretização do Estado Constitucional”.

O interesse público consiste em um entendimento da tradição doutrinária-jurisprudencial brasileira como sendo aquilo que o Administrador Público diz que é, não havendo maiores condições de verificar seu conteúdo ou metodologia para desvendar suas dimensões. Abboud (2014, p. 204), em crítica contra o exposto por Di Pietro (2006, p. 82) ao apontar que o interesse público seria a razão que deu legitimidade ao Estado realizar prestação de direitos fundamentais – o que aparenta ser tratado como substrato material para a existência de direitos fundamentais no disposto da administrativista – afirma que o interesse público não é direito fundamental, não podendo, portanto, ser objeto de ponderação com outros direitos fundamentais.

Diz ser um “enunciado performático dentro dos quais cabe qualquer coisa” de acordo com a vontade da Administração Pública, revelando que tal entendimento tende a gerar uma discricionariedade ao administrador que não cabe em um Estado Constitucional, exemplificada na alegoria do “Estado agir como Midas, transformando em interesse público tudo o que ele toca” (DI PIETRO, 2006, p.82).

Parece acertada a crítica exposta diante da proposição repersonalizadora, visto que ao colocar como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, a tutela dos interesses do próximo estaria existente na alteridade inerente à dimensão comunicativa e ao substrato da solidariedade. O interesse público não é construído com intenção de valorização da pessoa humana nem de limitação do poder estatal - como características históricas dos direitos humanos e fundamentais –, não podendo ser tratado como se direito fundamental fosse.

¹⁰⁰ Para mais informações sobre o tema: ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

¹⁰¹ Neste sentido, MÜLLER (2007, p. 45-46) afirmando que os direitos fundamentais “constituem a base normativa do desenvolvimento social e político de cidadãos e homens livres em uma democracia. Os direitos fundamentais são garantias materiais, determinadas de maneira positiva mediante seu conteúdo e sua eficácia”

O conflito entre interesse público e a efetivação de direitos fundamentais, ainda que tratados em concreto para um sujeito individual utilizando de seu direito subjetivo fundamental, não pode concluir-se na limitação ou afastamento dos direitos fundamentais, ainda que em razão de privilegiar a coletividade, a maioria da sociedade ou o próprio governo, pois tal fato proporcionaria um argumento utilitarista, o que, por definição, é contrário ao reconhecimento do valor intrínseco humano (DWORKIN, 2003, p.296-298).

O pensamento vinculado à existência de um poder discricionário dado ao Administrador para estabelecer o que seria o interesse público, utilizando tal interesse público para justificar o afastamento (ou o não cumprimento) de um direito fundamental para um sujeito concreto, mesmo que sob o argumento de ser o melhor para o bem estar social ou para a coletividade estaria afastando o valor intrínseco da pessoa humana, submetendo-a a condição indigna, retira dos direitos fundamentais duas de suas funções “(i) oponibilidade contra o poder público; e (ii) proteção do cidadão contra formação de eventuais maiorias, ou da atuação do governo, supostamente embasada na vontade da maioria” (ABBOUD, 2014, p. 205).

No tocante à função do Administrador Público na formulação de políticas públicas, por esta ótica da primazia do interesse constitucional e concretização dos direitos fundamentais, uma releitura deve ser promovida. Ainda que as políticas públicas (*policies*) tenham aspecto dual, pertencentes ao sistema político e ao sistema jurídico, em um Estado Constitucional a própria política deve ser judicializada (COMPARATO, 2002, p.54), respeitando os princípios constitucionais e os direitos fundamentais. Mesmo que os atos administrativos sejam regulamentados pelo Direito Administrativo, estes necessitam estar de acordo, de mesmo modo, com os direitos fundamentais e demais princípios constitucionais, em razão da ampliação do princípio da legalidade (constitucionalismo) (FREITAS, 2010, p.221-222).

Como o valor-fonte do Ordenamento Jurídico e fundamento dos direitos fundamentais é a dignidade da pessoa humana (que no Brasil obtém posituação constitucional - Art.1, III, CF – e assume função de princípio constitucional fundamental (SARMENTO, 2016, p.210-211)-, sendo esta orientadora à repersonalização do Direito e sua releitura conforme a Constituição Federal, a conclusão lógica para o silogismo é de que as políticas públicas devem ser realizadas de modo a atender as pessoas concretamente consideradas, fundamentadas nos

princípios constitucionais e na primazia dos direitos fundamentais, restringindo a discricionariedade do Administrador à obediência principiológica.

Conforme já apresentado¹⁰², para a metodologia do trabalho, as políticas públicas podem ser observadas em tríplice dimensão: como normatização, plano político e atividade do poder público.

Em se tratando da política-norma, o Legislador, sob este constitucionalismo repersonalizador, estaria limitado em sua atividade legislativa aos direitos fundamentais, impossibilitando a criação de normas de política pública que desatendesse os campos fundamentalmente tutelados.

Não há muita novidade neste aspecto visto que o procedimento legislativo passa pelo filtro constitucional e a lei criada em desconformidade com a Constituição sofre sua declaração de inconstitucionalidade pelos controles difuso e concentrado (SILVA, 2005, p.557). Importante salientar a aplicabilidade do pensamento dworkiniano na elaboração de leis em razão de clamor público ou por vontade de maioria (DWORKIN, 2003, p.294-297), pois, em razão da historicidade envolvida, a própria sociedade ressalvou como invioláveis os direitos fundamentais, portanto, ainda que a matéria legislativa venha a agrandar o clamor público, se estiver em desconformidade com os direitos fundamentais não poderá vir a tornar-se lei.

A relevância da temática nas políticas-plano importa uma vinculação da parcela da discricionariedade daqueles agentes que, representando o Estado, delimitam quais os temas que assumirão posição na agenda de políticas públicas. Sob um aspecto negativo, não poderiam os agentes públicos elencarem temas para as agendas que fossem em desacordo com o sistema constitucional, que viessem a ferir direitos fundamentais.

De mesmo modo, não poderiam retirar políticas públicas já existentes sem que houvesse alguma substituição adequada por outra política de atendimento àquele que padece de equiparação, que versem sobre direitos fundamentais. Estaria fora da esfera discricionária da Administração Pública a supressão de direitos fundamentais por retirada de políticas públicas, ainda que tal supressão fosse justificada por interesse público¹⁰³.

¹⁰² Verificar o item 2.4.2 da pesquisa.

¹⁰³ Abboud (2014, p.202-223) e Madalena (2016, p.113-143) tratam da diminuição da discricionariedade administrativa, apontada por Bucci (2006, p.264) como ativa na delimitação de qual o interesse público que deverá compor uma política pública, fazendo prevalecer os direitos fundamentais sobre qualquer conceito de interesse público. A erosão conceitual de interesse

Sob o aspecto positivo do limite imposto pela supremacia dos direitos fundamentais, a discricionariedade do agente político na formação de agenda seria limitada ao não preterimento de uma política pública de temática de direitos fundamentais em razão de outra que trate de outros interesses políticos.

Ao Administrador Público é permitido, em razão de sua função estatal, o arrolamento de temas diversos no campo de agendamento, porém, aqueles que versem sobre direitos fundamentais devem ser prioritários. Ainda ocorre limitação da discricionariedade administrativa na fase de “tomada de decisões”, para que não haja distribuição do orçamento público em prol de outra política pública preterindo o atendimento de interesses ligados aos direitos fundamentais.

A argumentação expõe-se na diminuição da discricionariedade administrativa para escolher destinação de orçamento em razão da supremacia dos direitos fundamentais¹⁰⁴. A discricionariedade administrativa é aplicável apenas na distribuição de orçamento e a reserva do possível entre políticas públicas que tratem de operacionalizar direitos fundamentais, visto a possibilidade de ponderação neste caso.

Na política-atividade, por sua vez, a limitação da discricionariedade administrativa em razão de sua vinculação à supremacia dos direitos fundamentais estaria consubstanciada na realização da manutenção da implementação da política com finalidade de atendimento dos direitos fundamentais. O poder público assume a responsabilidade de atender aos direitos fundamentais sociais (prestacionais) (SARLET, 2011, p.48-50), não podendo se esquivar de tal incumbência constitucionalmente estabelecida¹⁰⁵.

Este atendimento é inerente à própria figura e função do Estado em um sistema constitucional de direitos fundamentais (NOVAIS, 2010, p. 13-14).

Sendo assim, um jogo de elementos que atuam na formação de políticas públicas resta apresentados, todos estes necessários para a conclusão simples alcançada – as políticas públicas devem ser para as pessoas concretamente consideradas.

público acaba por permitir uma privatização do objeto a ser tutelado pelo Estado, visto que se deixa de observar os ditames constitucionais limitadores do Estado (direitos fundamentais) para observar o governante aplicando sua vontade na delimitação do que seria tal interesse público. A repersonalização consiste em tornar à pessoa humana o eixo justificativo da Administração Pública, consubstanciada juridicamente no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, retirando este eixo do interesse público que é consubstanciado no elemento volitivo do administrador.

¹⁰⁴ Sobre a situação orçamentária das políticas públicas, ver o próximo tópico da pesquisa.

¹⁰⁵ Como não são direitos absolutos, existem exceções, sendo que algumas serão tratadas adiante.

O que é avalizado culturalmente pela doutrina administrativista é a figura do Administrador Público que, pensando no bem-estar da coletividade, invoca o interesse público para agir discricionariamente conforme a lei lhe permite, afastando o interesse pessoal de sujeitos individualmente considerados.

Esta é a lógica que vem sido reiteradamente aplicada nas políticas públicas – por estas serem ligadas diretamente às atribuições do Administrador – onde em nome do interesse público discricionariamente atribuído, o governante retira e estabelece políticas públicas somente em conformidade à interesses políticos.

Cabe lembrar que o papel do Estado, executado por seu Administrador, não deve ser tratado como realizador de benevolências à sociedade, não sendo o direito fundamental “mero benefício ao bem-estar da população” (BRITO; LEÃO JÚNIOR, 2010, p. 7670), mas sim conquista de reconhecimento de valores inerentes da humanidade.

A readequação das frentes jurídicas didaticamente autônomas conforme a disposição dos princípios constitucionais revela que a cultura do direito administrativo necessita de uma releitura. A discricionariedade administrativa é diminuta sobre um princípio da legalidade constitucionalizante, pois a técnica legislativa de princípios com conteúdos amplos, acaba diminuindo o elemento volitivo administrativo, tornando o Administrador, quando tratado de direitos fundamentais, sempre vinculado.

O interesse público não goza de características próprias dos direitos fundamentais (não é oponível ao Estado, pois é por ele mesmo definido, não é conquista histórica da sociedade), não podendo ser analogamente considerado como tal.

Atribuir a supremacia do interesse público como justificador dos atos da administração na elaboração e condução das políticas públicas é restringir a abrangência dos direitos fundamentais, causando-lhe retrocesso.

Verdadeiramente, a sociedade estabeleceu em sua Constituição os direitos fundamentais como núcleo mínimo e imutável (Art. 60, §4º, CF), oponível ao Estado e aos particulares, com características históricas que os tornam limite de toda a atividade Estatal (Executiva, Legislativa, Judiciária), devendo estes possuir supremacia. Existem para impor limite ao Estado, não podendo ser limitados por este. Possuem base axiológica na dignidade da pessoa humana, positivada como princípio constitucional, que tem em seu bojo conceitual a necessidade de considerar a todos como sujeitos concretos, com suas próprias individualidades, sujeitos de direitos

públicos subjetivos, com valor intrínseco (ontológico) e com obrigação ética de respeito ao próximo (alteridade).

É a própria Constituição, sendo esta a vontade social, que estabelece o interesse da sociedade, não o Administrador, portanto, toda a técnica política envolvida nas políticas públicas deve responder ao filtro constitucional, assim como toda a atividade administrativa no ciclo de políticas públicas deve se pautar na pessoa concretamente considerada e em seu desenvolvimento como sujeito de direitos fundamentais e não no interesse público discricionariamente atribuído.

4.3 Do papel do Judiciário no controle das políticas públicas: os precedentes e a reserva do possível

Em razão das políticas públicas terem aspectos normatizadores e administrativos envolvendo o Legislativo e o Executivo (PIVETTA, 2015, p. 99-101) que, como visto, se vinculam à eficácia dos direitos fundamentais e sua objetividade (SARLET, 2011, p.382-390) são atividades do Estado que possuem natureza política e jurídica (BUCCI, 2006, p. 251-253), sendo que em ambas as esferas devem ser validadas pelo critério de constitucionalidade.

Deste modo o Judiciário adentra no ciclo de políticas públicas por uma reserva de controle jurídico aos atos praticados pelos entes representantes das outras funções estatais (SANTIN, 2013, p. 228-229). Para a pesquisa, a importância deste controle realizado pelo Judiciário é quanto a temática dos direitos fundamentais e sua função repersonalizadora.

O controle (ou revisão) judicial é exposto quando já realizada a política pública ou quando, por não realização de qualquer atividade de política pública, o sujeito do direito fundamental (normalmente direito fundamental social) busca a implementação de seu direito junto ao Estado, utilizando do Judiciário para conseguir a tutela a fim de promover a concretização de seu direito.

Neste aspecto, a pesquisa traz neste ponto um panorama fático das políticas públicas e como o Judiciário tem atuado na promoção da repersonalização destas e de suas implementações levando em consideração o sujeito concretamente considerado. Em respeito ao recorte fático proposto, apresenta-se um breve panorama social brasileiro com a necessidade exposta em relação aos direitos

fundamentais sociais básicos, justificando a formação e manutenção de políticas públicas, assim como precedentes da atividade jurisdicional no sentido repersonalizador, o que demonstra a necessidade da alteração paradigmática para além da doutrina jurídica contemporânea.

4.3.1 Contexto socioeconômico brasileiro e a necessidade de políticas públicas para promoção de direitos fundamentais sociais

Com a demonstração da realidade socioeconômica brasileira, espera-se justificar faticamente a necessidade do atendimento amplo pelo Estado na temática de direitos fundamentais sociais, visto que a população brasileira é carente e necessita desta prestação pelos meios públicos¹⁰⁶.

Segundo os dispostos constitucionais¹⁰⁷, o Brasil é garantidor de uma livre iniciativa, caracterizando um sistema capitalista. Tem-se que a livre iniciativa deve obedecer a limites, tal qual o fundamento da república denominado dignidade da pessoa humana, além da boa-fé objetiva e da função social.

Tem-se que o Brasil é um país predominantemente comercial¹⁰⁸ (42%) em sua movimentação econômica de produção, seguido pela indústria¹⁰⁹ (36%), prestação de serviços¹¹⁰ (17%) e pela produção agropecuária¹¹¹ (4%). Da produção realizada em

¹⁰⁶ Para concretizar um perfil do Brasil nos aspectos comerciais, econômicos e jurídicos, parte-se das análises realizadas pelos órgãos oficiais (IBGE, Ministério de Comércio Exterior, Ministério da Saúde e Ministério da Educação) dispostas nos sites oficiais e referenciadas. Os valores expressos em porcentagem foram arredondados, portanto possuem pequena variação, vez que os números informados são, em maioria, na casa de trilhões e bilhões de reais. Buscou-se utilizar dos dados com maior quantidade de fatores pesquisados no mesmo ano, 2013 e 2014. Somente os dados referentes a número de pessoas empregadas que são retirados da estatística de 2012. Algumas estatísticas mais recentes existiam, porém, para poder comparar aos dados de uma mesma realidade, não foram trazidas à esta pesquisa.

¹⁰⁷ Em ordem: (1) Art. 1º, V - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: V - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (2) Art. 170 - Art. 170., I ao V - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor. Em que pese o texto constitucional não utilizar o termo capitalismo, deduz o mesmo da livre iniciativa, propriedade privada e livre concorrência, sendo que todos estes valores devem respeitar a soberania nacional, a função social, a boa-fé e a dignidade da pessoa humana.

¹⁰⁸ Valor em R\$ 3.067.737.907.000, segundo a tabela de produção n. 4, referente a 2014 do IBGE.

¹⁰⁹ Valor em R\$ 2.635.502.281.000, segundo a CNT/IBGE, referência 2014.

¹¹⁰ Valor em R\$ 1.240.657.857.000, segundo a CNT/IBGE, referência 2014.

¹¹¹ Valor em R\$ 232,5 bilhões, referente a 2013.

território brasileiro, 90% é escoada para o próprio mercado interno, formado em maioria quantitativa pelos próprios empregados destes meios de produção e 10% para o mercado externo¹¹², quando efetivamente agrega-se ao mercado econômico nacional uma riqueza que antes pertencia a outro território, enriquecendo o Brasil. Enquanto o produto produzido é adquirido pelos mesmos que os produzem, não há um aumento de capital nacional, apenas circulação de mercadoria. O aumento do capital interno dá-se pela injeção de capital exterior no ambiente nacional.

Seguindo a lógica histórica da economia e da comercialização, para aumento do enriquecimento, deve haver um aumento territorial ou uma criação de demanda para compras de produtos.

O segundo fator estatístico a ser analisado é a origem do proprietário do meio de produção. Para assegurar que a economia nacional esteja enriquecida com o aumento de produção e aumento de vendas, devem os proprietários dos meios de produção ser brasileiros. A lucratividade da empresa é gozada pelo seu proprietário, se o mesmo produz em território brasileiro, mas é chinesa, a título exemplificativo, a lucratividade de seu meio de produção será gozada pelo povo Chinês. Diante desta afirmativa, temos que 20% do capital total¹¹³ e 39% do capital das maiores produtoras de bens instaladas (indústrias de transformação) no Estado brasileiro são estrangeiros.

Conclui-se que a economia pátria é fundada na circulação de bens e não no aumento de riquezas pela exportação, sendo que a lucratividade sobre esta circulação é enviada em parcela significativa para os sócios estrangeiros que ditam as regras para permanecerem em território nacional em troca de empregabilidade, potencial tributário e de evitar um custo para o Estado em níveis não suportados¹¹⁴.

¹¹² A exportação atingiu a marca de US\$ 225.101.000 em 2013, cotado o dólar a R\$ 2,66. Valor atribuído pela razão referente à soma de valores de produção nacional no período.

¹¹³ Valor em R\$ 1.408.496.660, obtido pela soma dos valores disponibilizados na tabela "Participação de capital estrangeiro por setores de produção", IBGE, referência de 2013.

¹¹⁴ BAUMAN (1999, p.15-35) informa que esta característica é marcante no mundo globalizado. Os meios de produção não possuem mais vinculação com um Estado ou com um território, mas permeiam entre as fronteiras procurando melhores condições de instalação, ou seja, menor custo, maior mercado e maior lucratividade. Os proprietários dos meios de produção não mais atuam pessoalmente, não possuem caras ou personificação, mas atuam como investidores, em locais remotos aos que efetivamente produzem seus bens a serem vendidos (BAUMAN, 1999, p.15-35). Os investidores não veem a produção nem seus funcionários, veem apenas números, estatísticas, dividendos e custos operacionais. Zygmunt Bauman (1999, p.33) analisa que "a localização situável num espaço abstrato e vazio, livre de homem, social e culturalmente indiferente, impessoal" seria a localização desse investidor, esquivando-se de quaisquer outras responsabilidades. A permissão de abertura territorial no aspecto global tornam as estratégias de

No tocante à estrutura social, quase 48 milhões de brasileiros trabalham formalmente, nas empresas relacionadas acima, correspondendo a 23% da população¹¹⁵. Quanto ao fator de autonomia do sujeito à necessidade de utilização de auxílio estatal para sua subsistência, temos que 75,5% das pessoas brasileiras dependem de prestações de serviços estatais ligados aos direitos básicos de saúde¹¹⁶ e 82,7% de prestação de serviço de educação pública¹¹⁷. Ainda, como fator relevante desta pesquisa, tem-se o resultado de que mais de 32 milhões de brasileiros recebem benefício previdenciário e mais de 13 milhões de famílias recebem benefícios sociais, o que corresponde no total de 40% da população brasileira¹¹⁸.

Sendo assim, fica demonstrado que ao menos 80% da população brasileira necessita de alguma forma da prestação estatal de direitos sociais ligados à subsistência, além da garantia de liberdades individuais, justificando a existência de um sistema legal protetivo com o mote de promoção da dignidade da pessoa humana pela tríade da liberdade, igualdade e dos direitos supraindividuais.

Conclui-se que tais dados oficiais demonstram um panorama fático da população brasileira que, em maioria considerável, depende e utiliza dos serviços públicos prestados pelo Estado para alcançar acesso a direitos básicos, ligados ao mínimo para uma existência digna, explicitando o quão grande é a demanda a ser atendida pelo poder público no tocante aos direitos que necessitam de políticas públicas para terem sua materialidade prestada. A quantidade massiva de atendimento público que se realiza aos direitos fundamentais sociais demonstra, ainda, um substrato para a massificação do interesse público considerado pelos agentes políticos na formulação das políticas públicas, o que se apresenta em contraposto a uma interpretação personalizada que garanta a dignidade da pessoa humana.

produção amplificadas e diferenciadas. Como é possível o controle empresarial remoto, à mínima potencialidade de maior lucratividade

¹¹⁵ Utilizando os dados oficiais de 2014, segundo o IBGE.

¹¹⁶ Porcentagem da população não coberta por plano de saúde segundo a referência de 1998, último dado cadastrado. Ressalva-se que, mesmo da população com cobertura de plano de saúde diverso ao Sistema Único de Saúde (SUS), muitos utilizam serviços do SUS por ausência de cobertura do plano de saúde, o que aumentaria a porcentagem de necessitados da prestação estatal de saúde.

¹¹⁷ Dados de 2014 segundo o MEC. Houve uma diminuição, uma vez que em 2012 o valor era de 86%.

¹¹⁸ Dados do Min. da Previdência Social confrontados com os do IBGE para 2014.

4.3.2 O controle judicial sobre o ciclo de políticas públicas

Não é intenção desta pesquisa atender de forma exaustiva a questão sobre o controle judicial dos atos administrativos, mas sim trazer fundamentos constitucionais para uma releitura do modo a se estabelecer políticas públicas, do papel do Administrador Público e da vinculação constitucional aos direitos fundamentais para que seja alcançada a promoção da dignidade.

Entretanto, para dar suporte fático e concretude ao tema pesquisado, vez que a natureza jurídica dúplice das políticas públicas (natureza política e natureza jurídica) (BUCCI, 2006, p. 251-254) veicula uma consequente e aparente celeuma quando tratada da vinculação do Administrador Público ao atendimento das demandas de direitos fundamentais sociais, escoando no Judiciário ações e demandas buscando provimento para a efetivação de direitos sociais não atendidos pelo Executivo.

Argumentação contrária a averiguação do poder para o Judiciário de controle das políticas é disposta no sentido de que os juízes não seriam eleitos de forma democrática, o que limitaria a vontade soberana do povo. Ainda, explora-se como contraponto do ativismo judicial, perda de parcialidade e empoderamento do Judiciário perante os demais Poderes (FREIRE JÚNIOR, 2005, p.51-52). Freire Júnior (2005, p.57-58), ainda, demonstra que a função de controle das políticas públicas atribuída ao Judiciário é inerente à vontade democrática exposta constitucionalmente, já que está sobretudo no Judiciário o dever de ser guardião da ordem jurídica e direcionar-se pelos ditames constitucionais e não por razões políticas.

Consistindo um desdobramento dos princípios da legalidade e moralidade administrativa, primados constitucionais, o controle judicial dos atos administrativos é “um dos fundamentos em que repousa o Estado de Direito. De nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à lei se seus atos não pudessem ser controlados” pelos guardiões da própria estrutura normativa, dotado de imparcialidade e competência para apreciar e invalidar os atos administrativos que não possuam respaldo jurídico (DI PIETRO, 2006, p.711). O controle judicial se constitui um controle externo, por estar em ambiente de competência externa ao da função Executiva, abrangendo a apreciação sobre “atos, processo e contratos administrativos, atividades ou operações materiais e mesmo a omissão ou inércia” praticada por ente da Administração (MEDAUAR, 2015, p.458).

É pautado como garantia fundamental, exposto no Art. 5º, XXXV da CF, positivando que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, sendo provocado por medidas judiciais encaminhadas à apreciação de membro competente do Judiciário. Com isso, por definição, as políticas públicas em aspecto de atividade e plano podem ser submetidas ao controle judicial.

Podem ser objetos de controle judicial os atos administrativos que sejam judicializáveis, respaldados de legalidade ou moralidade. Di Pietro (2006, p.711-712) afirma que o mérito administrativo não poderia ser fruto de controle judicial por respeito ao princípio da tripartição e independência dos poderes do Estado. Entretanto, como já visto nesta pesquisa, a existência de princípios constitucionais acaba por implicar em uma drástica diminuição de discricionariedade nos juízos de oportunidade e conveniência do administrador, nunca podendo estes ser oponíveis em razão de direitos fundamentais.

Para tanto, como já apresentado, as políticas públicas possuem sua dimensão normativa (PIVETTA, 2015, p. 100-101), na qual parcela é disposta ao Legislativo que tem a função de criar leis para a disposição orçamentária, assim como leis regulamentando direitos constitucionalmente considerados. Em se tratando de controle judicial para os atos legislativos referentes às políticas públicas, o Judiciário pode atuar em razão de omissão legislativa – quando não há norma regulamentadora - ou no controle de constitucionalidade - quando a norma criada não atende o filtro constitucional – sempre mediante provocação, respeitando o princípio da inércia (SANTIN, 2013, p. 228-230).

Para a dimensão da atividade das políticas públicas, exercida pelos administradores públicos, o controle judicial tem possibilidade de incidir para impor a legalidade aos atos administrativos (DI PIETRO, 2006, p. 711). A pretensão é demonstrar que do controle de legalidade exercido pelo Judiciário – aqui incorporado à constitucionalidade, atendendo ao princípio da legalidade sob a ótica contemporânea – emerge o controle do mérito administrativo, onde o juízo de oportunidade e conveniência, quando tratado de direitos fundamentais deve ser, também, vinculado à Constituição (ABBOUD, 2015, p.225-228). Neste aspecto, a omissão em atender uma demanda com políticas públicas, por ser um juízo de mérito administrativo, poderia sofrer ingerência por parte de uma sindicabilidade judiciária, vez que, em se tratando de direitos fundamentais, não há espaço para o juízo de valor

administrativo, mas apenas o dever do Estado cumprir o disposto na Constituição Federal (ABBOUD, 2014, p.197-199).

A doutrina de Abboud (2014, p. 233-234), ao analisar alguns precedentes do STJ e STF, consolidou cinco critérios para admitir o controle o mérito do ato administrativo pelo Judiciário. Segundo a proposta, o Judiciário poderá exercer o controle sempre que o ato administrativo: (i) decidir uma questão jurídica ou judicializável; (ii) solucionar, em sede administrativa, um conflito de interesses; (iii) ter a possibilidade de aferir a constitucionalidade; (iv) atingir direito subjetivo ou interesse jurídico; (v) não houver, ou houver uma fraca motivação.

Analisando o primeiro critério, já se tem identidade com a temática das políticas públicas. Toda a política pública tem aspectos políticos e jurídicos (BUCCI, 2006, p 251). Sendo, portando, judicializável. Em se tratando de políticas públicas para atendimento de direitos fundamentais, a matéria torna ainda mais inerente a necessidade de ser tratada como um assunto jurídico, sendo que para estes casos “não há discricionariedade, porque se trata de questão que pode, inclusive, ser judicializada perante inércia do Administrador” (ABBOUD, 2014, p.233).

Neste sentido de controle judicial pela inércia do administrador, tem-se um precedente do STF¹¹⁹, cuja tratativa da discricionariedade administrativa foi abordada na situação dos concursos públicos e a conveniência e oportunidade de preenchimento de vagas daqueles já aprovados no certame. Entendeu o STF que o Administrador Público não pode usar o poder discricionário como motivação para não realizar a contratação daquele que já foi aprovado no concurso público dentro do número de vagas abertas pelo edital, vez que a motivação deve ser baseada na legislação e na Constituição.

O voto da Min. Cármen Lúcia neste julgamento merece ser citado, pois emblemático para o pensamento e interpretação do Direito Administrativo contemporâneo: “não acredito em poder discricionário na Administração, acho isso uma coisa velha [...], há algum tempo o direito não comporta mais este tipo de atribuição”.

Se aplicado este entendimento para a inércia do administrador em implementar uma política pública para atendimento de direitos fundamentais, não poderia o governante não realizar implementação em razão de problemas justificados

¹¹⁹ STF, RE 598099/MS, Pleno, j.10.08.2011, v.u.rel. Min. Gilmar Mendes, DJUE 03.10.2011.

apenas pelo juízo de mérito administrativo, ainda que tal oportunidade e conveniência tenha mais uma justificativa no interesse público.

O segundo critério – solucionar administrativamente conflitos de interesses – trata de função atípica da Administração Pública, movimentando julgamentos administrativos em procedimentos próprios extrajudiciais (ABBOUD, 2014, p. 233). Não há grande relevância para a temática tratada na pesquisa, não havendo necessidade para a comprovação da hipótese levantada a averiguação de sua pormenorização.

O terceiro critério apresentado – aferição de constitucionalidade – vincula todos os atos administrativos aos termos constitucionais, com ênfase ao Art. 37, CF, e ao Art. 84, CF, quando tratar das atribuições do Presidente da República (ABBOUD, 2014, 233). Novamente a temática das políticas públicas fica evidente. Quando tratadas as políticas públicas relativas a direitos fundamentais, estas possuem previsão constitucional.

A omissão em não realizar política de acesso dos cidadãos aos direitos fundamentais ou, ainda, a decisão administrativa de retirar política pública já existente neste sentido passaria pelo critério de constitucionalidade. A vedação ao retrocesso na proteção dos direitos fundamentais exala da própria sistemática, diminuindo a proteção à dignidade da pessoa humana (BREGA FILHO, 2013, p.104-105).

A retirada de política pública de direitos sociais ou a tomada de decisão em não realizar a sua implementação motivada por razão discricionária é inconstitucional, por deixar de atender direito fundamental, não possuindo o Estado poder para renunciar seu dever de atendimento (ABBOUD, 2013, p. 234-235). Só haveria constitucionalidade em tal medida se, o afastamento de uma política pública de direitos sociais ocorresse em razão do atendimento ao caso concreto para outra demanda de direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais não são absolutos, pois permite sua ponderação, devendo para tanto ser levada em conta a promoção da dignidade da pessoa humana (ALEXY, 2015, p. 512-516).

O quarto critério para o controle de mérito administrativo pelo Judiciário – a interferência em direito subjetivo ou interesse jurídico – é um desdobramento do primeiro e terceiro critério, pois o ato administrativo interferindo em direito subjetivo ou interesse jurídico torna-o imediatamente jurídico ou judicializável, pautando-se pela sua constitucionalidade (legalidade do Art. 37, CF) como forma de fundamentação.

Abboud (2014, p. 233) tratou como uma possibilidade de ação e, portanto, provação ao Judiciário, pois “sempre que um ato atingir direito subjetivo de alguém, nascerá uma pretensão que permitirá ajuizar ação contrária ao próprio ato”.

Desta forma, sendo os direitos fundamentais sociais verdadeiros direitos subjetivos públicos que exercem os particulares contra o Estado (NUNES JUNIOR, 2009, p. 49-56), uma política pública que deixe de atender o particular sujeito deste direito por decisão da Administração, causa o direito de ação do particular para ver efetivado o seu direito social.

Essa pessoalidade ocasionada relaciona o Estado na figura da Administração com o particular concretamente considerado – conforme determinado conceitualmente pela dignidade da pessoa humana, repersonalizando o direito -, pois não há a necessidade de ocorrer interferência a direito subjetivo ou interesse jurídico de uma coletividade, mas de apenas uma única pessoa, um sujeito individual e concreto.

Importante neste contexto lembrar que o controle realizado pelo Judiciário interfere diretamente no próprio ciclo de políticas públicas, visto que se opera como *input* ao sistema político apresentando demandas e apoios de aplicabilidade (EASTON, 1970). O Administrador Público¹²⁰, por vezes, aguarda o respaldo do Judiciário instrumentalizado por decisões mandamentais para implementar sua prestação, fugindo da priorização política previamente realizada.

O derradeiro critério apresentado – a necessidade de motivação do ato (ABBOUD, 2014, p. 233-234) – mostra-se o justificador das palavras da Min. Cármen Lúcia citadas acima. Todo o ato da Administração Pública deve ser motivado e tal motivação deve ter respaldo jurídico (Art. 37, CF) na lei sempre que possível, mas na Constituição sempre. Os princípios constitucionais oferecem um conteúdo tão amplo que torna impossível ao Administrador fugir da jurisdicionalização de seu ato (MADALENA, 2016, p. 143-149), sempre havendo uma sombra jurídica que possa ser utilizada para fundamentar seus atos. Nesta seara, os atos ligados às políticas

¹²⁰ O contraponto ao apresentado demonstra que os agentes políticos e o Judiciário possuem tensão com esta interferência. Por atuar alterando a decisão de agentes políticos eleitos, é questionada a independência dos Poderes. Neste sentido Freire Júnior (2005, p.42) afirma que o Judiciário realiza o papel como guardião da aplicação da lei, não podendo ser “mero carimbador de decisões políticas das demais funções”. Atribui-se ao Juiz a missão de impedir omissões por parte do Administrador contrárias ao texto constitucional (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 44).

públicas sempre devem ser motivados, mesmo aqueles realizados a título omissivo, pois não há espaço não atingido pelo direito quando tratado de interesses do Estado.

Principal precedente sobre atendimento de políticas públicas e a omissão do Administrador Público está registrado no julgamento do REsp 493811/SP¹²¹, o qual aplica toda a teoria levantada pela pesquisa, estabelecendo novo paradigma ao controle judiciário nos atos administrativos.

Os julgadores entenderam que o Direito está em um novo estágio, onde o controle da lei está a cargo do Judiciário, principalmente em razão dos princípios Constitucionais que guiam todos os demais ramos jurídicos, inclusive o Direito Administrativo. “Se outrora o exame do seu mérito era inviolável em juízo, hoje, o Judiciário está autorizado a examinar as razões de conveniência e oportunidade”.

O julgado condenou a Administração Pública municipal a implementar programa social de atendimento aos direitos das crianças e adolescentes, pautado no ECA, afastando os argumentos de dificuldades orçamentárias, determinando a reativação da política pública em um prazo de até 60 dias e a inclusão de verba para a atividade no orçamento municipal subsequente para a continuidade do programa.

Em seu voto, a relatora ainda dispôs que a Administração está vinculada aos mandamentos constitucionais, não podendo a discricionariedade ser utilizada de escudo para justificar “a inação ou a atuação administrativa insuficiente”.

Portanto, o julgado corrobora todo o levantamento da pesquisa no sentido da ausência de discricionariedade do poder público em atuar com políticas públicas de direitos fundamentais sociais, sendo que a supremacia da Constituição torna um direito subjetivo que pode ser exercido perante o Estado.

4.3.2.1 O controle judicial sobre a questão do mínimo existencial e da reserva do possível

Já tratado aqui a relação dos direitos fundamentais sociais, eleitos para esta pesquisa como principais objetos das políticas públicas, com o conceito de mínimo existencial ou mínimo vital¹²², opta-se por abordar acerca da teoria da reserva do possível, segundo os ditames constitucionais e a teoria dos direitos fundamentais.

¹²¹ STJ, REsp 493811/SP, 2ª T., j. 11.11.2003, rel. Min. Eliana Calmon, DJ 15.03.2004.

¹²² Ver no item 2.3.1 acima.

Fato é que em algum momento faltará recursos fáticos para que o Estado realize a prestação de políticas públicas para atendimento às demandas de direitos de todos os indivíduos, não sendo omissa a prestação apenas por arbitrariedade do governante em estabelecer o que seria ou não interesse público.

Neste contexto, mesmo diante de uma Administração pautada na vinculação constitucional, são necessários requisitos jurídicos para a priorização de quais políticas públicas devam ser implementadas. Ainda que, originalmente, a temática trate de matéria de envolvimento da atividade dos agentes políticos, o Direito impõe o cumprimento de direitos fundamentais, a ponderação de princípios constitucionais, a razoabilidade, o controle judicial.

Entre políticas públicas para fomento econômico e políticas públicas para prestação direta de direitos sociais (saúde, educação, segurança, distribuição de alimentação e renda), ainda que haja argumentação de que os resultados econômicos serão instrumentos para o alcance de direitos fundamentais, deve o Estado priorizar a implementação da prestação diretamente por si realizada, pois a economia deve ser pautada na livre iniciativa enquanto os direitos sociais são deveres estatais.

Quando diante de falta de orçamento ou outro fator fático para a realização de uma política pública de direito social (educação, por exemplo), mas podendo a Administração priorizar no atendimento de outro direito social (saúde, por exemplo), deverá haver ponderação de direitos, o que não implica na anulação total do direito não priorizado. Cabe ao governo, diante desta ponderação, buscar outros meios para a implementação, também, da política pública não priorizada, não sendo inteiramente omissa, mas apresentando meios de possibilitação futura de atendimento (como a inclusão de pauta orçamentária, realização de parcerias, início de obras que futuramente realizarão o atendimento, etc.).

O conflito entre os mesmos direitos a serem implementados (saúde, por exemplo) mas com razões quantitativas de priorização, levando o Administrador Público a preterir o atendimento individualizado em razão do atendimento coletivo, de mesmo modo passa por ponderação, estabelecido a fórmula peso pela coletividade. Entretanto, faz-se contraponto de que só é possível tal afastamento ao direito social aplicado individualmente se houver a real impossibilidade fática para aquele momento específico, sob pena de haver instrumentalização da vida humana pela vontade do Administrador, o que conceitualmente feriria a dignidade da pessoa humana.

Cabe ao Judiciário, portanto, estabelecer tal controle mediante impulso de demandas jurídicas. Critica-se, entretanto, que em razão da quantidade reiterada de procedimentos e decisões determinando a entrega pelo Estado do bem que satisfará o direito social individualmente considerado, acaba por tornar o Judiciário parcial nestes tipos de demanda, presumindo a omissão do Administrador Público e afastando temerariamente os limites fáticos verdadeiros (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 52). Deste modo, questiona-se quais serão os limites de controle do Judiciário sobre as políticas públicas (FREIRE JÚNIOR, 2005, 53-54), sendo defendido aqui como os limites democraticamente dispostos na Constituição Federal.

Quando submetido ao controle judicial em demandas contra a Administração Pública, a temática sempre é acompanhada de um argumento contraposto pautado na reserva do possível. A expressão “reserva do possível” tornou-se reconhecida após o julgado do Tribunal Constitucional Alemão¹²³ em um caso onde a demanda por vagas em uma universidade pública era menor que a quantidade de vagas disponíveis, sendo que havia uma impossibilidade fática de adequação e absorção naquele momento de todos os interessados e sujeitos de direito à educação (SARMENTO, 2016, p. 229).

No Brasil a popularização da expressão ocorreu após seu aproveitamento pelo Min. Celso de Mello em decisão monocrática na ADPF 45¹²⁴, afastando a inconstitucionalidade em razão da impossibilidade fática do cumprimento, sendo que a norma jurídica constitucional ainda deve atuar e ser exigida em um plano de possibilidade de existência e cumprimento por parte do ente estatal.

Geralmente ligada ao ideal da Administração Pública necessitar priorizar quais as demandas que serão implementadas com o escasso recurso financeiro de possível dispensação, a reserva do possível não pode ser utilizada como mera argumentação de inexistência de recursos (FREIRE JÚNIOR, 2005, p.74).

Para tanto, o argumento da reserva do possível possui uma tríade que lhe dá o substrato jurídico: (i) o componente fático, (ii) o componente jurídico e (iii) o componente da razoabilidade¹²⁵ (SARMENTO, 2016, 230-234).

¹²³ Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. BVerfGE 33, 303 (1972).

¹²⁴ STF. ADPF 45 MC, Rel. Min. Celso de Mello, j.29 abr. 2004.

¹²⁵ SARMENTO (2016, p.230) estabelece os três componentes, inovando quanto ao terceiro, a razoabilidade, da produção original de SARLET e FIGUEIREDO (2008, 30) que previa somente os componentes “fático e jurídico”. Para fim dessa pesquisa e respeitando a metodologia de abordagem praticada, possível visualizar que os três componentes apresentados se encaixam nos

O componente jurídico da reserva do possível estaria empregado na inexistência de lei que autorize a Administração Pública em empregar o direito fundamental vital, normalmente veiculada na inexistência de lei orçamentária para a concretização de tal direito (SARMENTO, 2016, p. 230). O Legislativo, conforme já visto¹²⁶, não possui a discricionariedade para impedir a eficácia de direitos fundamentais, sendo estes ligados ao mínimo existencial, portanto a utilização da reserva do possível em seu aspecto normativo não é oponível. Não há impossibilidade legal de proteção ou criação de políticas públicas sobre direitos fundamentais, visto que a própria Constituição já os dispõe com plena eficácia (Art. 5º, §1º, CF). Inconstitucional é o não atendimento destes direitos, mesmo verificados em situações individuais e concretas (SARMENTO, 2016, p. 230).

A racionalidade como componente axiológico, revelando quais os valores devem ser ponderados para se informar a existência de reserva de possibilidade de execução aparece como um componente de conteúdo amplo e complexo. Sarmento (2016, p. 231) trata da razoabilidade como um filtro de acesso às condições básicas para uma vida digna, afirmando que “se a pretensão não for razoável, é simplesmente porque ela não está inserida no mínimo existencial”.

A própria positivação dos direitos fundamentais, sendo estes os veículos do mínimo constitucional para a vida digna (ALEXY, 2015, p. 506-507), já demonstraria a motivação razoável da pretensão, o que por si só, já justifica que não é causa de impossibilidade que atenda à uma reserva exoneradora. Acrescenta-se, como já visto, que delimitar a impossibilidade em razão de uma imposição de interesse público por mera performance administrativa não seria oponível (ABBOUD, 2014, p.202-204), face à prevalência do interesse constitucional sobre o discricionário administrativo – a supremacia dos direitos fundamentais.

Quanto ao componente fático da reserva do possível sua relação exprime a impossibilidade econômica de realização da atividade do Estado em sua obrigação prestacional. Seria a reserva do possível fática “a capacidade financeira do Estado de arcar com a universalização da prestação material postulada para todas as pessoas que estiverem nas mesmas condições daquele que a requereu” (SARMENTO, 2016, p. 231), fazendo incidir, assim, o princípio da isonomia.

substratos da teoria tridimensional do direito: fato, norma e valor, estando a razoabilidade relacionada ao elemento axiológico.

¹²⁶ Ver item 4.1.1 acima.

Caso contrário, não há motivo para apresentar conclusão de impossibilidade para o cumprimento do direito tratado pelo sujeito único, vez que, via de regra, a pretensão de única pessoa não causa impossibilidade de atendimento perante o orçamento de um ente público.

Existem dois grandes argumentos sobre a temática na ambiência brasileira, a primeira, considerada majoritária, afirma que em razão do valor intrínseco (dimensão ontológica da dignidade da pessoa humana) e da solidariedade e justiça social (dimensão comunicativa e prestacional da dignidade da pessoa humana), os princípios constitucionais estariam apontando para o cumprimento do direito, não para o seu afastamento casuístico, sendo responsabilidade do Estado criar meios (alterar orçamento, alterar arrecadação e formas de custeio, estabelecer parcerias, reordenar suas agendas) para o atendimento, sob pena de desnaturalização de sua própria essência de Estado e instrumentalização da vida humana (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p.36-39).

A contramajoritária afirma que é possível a oponibilidade da reserva do possível fática inclusive contra direitos fundamentais ligados ao mínimo existencial, pois independe da vontade ou estruturação do Estado, mas à falta de recursos de ordem econômica para viabilizar o atendimento. É um fato impossível de ocorrer, motivado pelo sistema econômico, externo ao sistema jurídico ou político (SARMENTO, 2016, p.231)¹²⁷.

O STF tem pronunciamentos sobre o impedimento de administração Pública afastar-se de realizar a prestação que se destina por alegação de insuficiência financeira. Repare-se que existe uma tendência de aceitação da reserva do possível fática somente quando comprovada a facticidade de impedimento por razões financeiras, não sendo o caso quando a Administração Pública pode reestruturar a divisão de seu orçamento ou a destinação de suas verbas.

¹²⁷ Ambos os argumentos são muito plausíveis e devem ser considerados. Como os direitos fundamentais também não possuem a característica de absolutos, não há absurdo fático em declarar o não atendimento em algumas situações, entretanto há uma descaracterização da própria função do Estado o afastamento de sua obrigatoriedade de modo discricionário. É possível visualizar uma reserva do possível fática quando a prestação é realmente impossível (não há meios de concretizar o fato) – mesmo que tal impossibilidade seja causada por escassez econômica (ex. o valor que custa para financiar pesquisas para desenvolver a cura de doenças é tão alto que não há recursos para tal ou, ainda, o material que necessita para tal desenvolvimento possui disponibilidade diminuta, que não atende a demanda), embora a competência para determinação da impossibilidade não pode ser dada como um poder discricionário da Administração Pública, devendo ser pautada pelos princípios constitucionais.

Na ADPF 54¹²⁸, que tratou do assunto sobre a descriminalização de aborto de fetos anencefálicos, restou consignado a inconstitucionalidade do afastamento do Estado, ainda que tenha impactos financeiros, em prestar acompanhamento psicológico e físico às gestantes, assim como custear e estruturar procedimentos cirúrgicos necessários.

Em consulta pública¹²⁹, o STF firmou o entendimento de que o direito fundamental à saúde – um dos direitos sociais – compreenderia como facetas: a concessão de medicamentos, de próteses e tratamentos, a construção de leitos hospitalares e de UTIs, a realização de obras de saneamento básico, entre outras. Com isso, firmou que o controle judicial poderia intervir no mérito administrativo quando tratado de qualquer política pública neste sentido, por se tratar de direito fundamental à saúde (PIVETTA, 2014, p. 229).

Em julgado do STJ¹³⁰, de processo originário do Rio Grande do Sul, houve a reforma da decisão do TJRS ao definir que, ao verificar a violação dos deveres constitucionalmente impostos ao Estado, deve existir a interferência do Judiciário no Executivo e Legislativo, para obrigar a promoção de políticas públicas para atenderem tais direitos sociais postos. A demanda tratava de obrigação de fazer imposta ao Município para construção de novos leitos hospitalares, que teve como defesa do Estado a insuficiência financeira.

Decisão com a mesma instrumentalidade foi dada pelo STF¹³¹ no RE 592.281, que tratou de condições degradantes a presos em estabelecimentos prisionais em que trouxe a possibilidade de controle judicial, no sentido de impor ao Estado obrigação dada pela própria lei: “É lícito ao judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais [...] para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana”.

Especificamente dispondo em sua ementa a reserva do possível, o Min. Celso de Mello proferiu em seu voto, no AgReg no RE 639.337 afirmando que o Estado não pode utilizar de tal argumentação com finalidade de afastar-se de suas obrigações: “A cláusula de reserva do possível – que não pode ser invocada pelo Poder Público com

¹²⁸ BRASIL, STF, ADPF 54. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12 abr. 2012.

¹²⁹ BRASIL, STF, AgRg na suspensão liminar 47. Rel. Min. Gilmar Mendes. j. 17 mar. 2010.

¹³⁰ BRASIL, STJ, REsp 1068731/RS. Min. Herman Benjamin. 2ª t. j. 17 fev. 2011.

¹³¹ BRASIL, STF, RE 592.581. Min. Ricardo Lewandowski. j. 13 ago. 2015.

o propósito de fraudar, de frustrar, de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição”.

Define, ainda, que tal argumento não pode ser critério de ponderação entre os direitos constitucionalmente expressos e garantidos, vez que “encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que [é] emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana”.

Conclui-se que a os direitos fundamentais estão dispostos no Ordenamento Jurídico com tamanha importância, justificados pelos reconhecimentos e construções históricas da própria humanidade, de tal forma não haver meios de serem desconsiderados, mesmo em ambiente político. Desta forma, ainda que a reserva do possível seja argumento plausível quanto ao alcance fático na propositura da impossibilidade de universalização do atendimento pelo Estado, esta não pode ser invocada como cláusula de afastamento das obrigações da Administração Pública aferidas na Constituição Federal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema levantado pela pesquisa é consistente no alcance da discricionariedade do Administrador na estipulação das políticas públicas em seu ciclo. O estudo demonstrou que a utilização da expressão performática "interesse público" como justificador do juízo de mérito administrativo na retirada ou implementação de políticas públicas torna-se descompassado com os ditames constitucionais, especialmente os ligados aos direitos fundamentais, estes diretrizes da responsabilidade do Estado.

A pesquisa assumiu como problema para a efetivação da responsabilidade do Estado o afastamento da prestação das políticas públicas do real destinatário sendo este a pessoa concretamente considerada. É a alteração do núcleo das atividades da Administração Pública da expressão "interesse público" para o respeito aos direitos fundamentais e a consequente efetivação da dignidade da pessoa humana, denominada, aqui, de repersonalização das políticas públicas

Em um país que se estabelece como um Estado Democrático de Direito, haver atendimento de direitos básicos e essenciais ao desenvolvimento digno das pessoas a aproximadamente 80% da população justifica a preocupação com os meios instrumentais para que tais prestações não sejam interrompidas e, ao mesmo tempo, demonstra a importância do sistema jurídico como guardião dos interesses de todas estas pessoas que encontram na prestação Estatal a única forma de possuírem um mínimo existencial.

A principal hipótese levantada pelo texto é a da aplicação da recentralização do núcleo do Direito Administrativo, alterando-se do interesse público para a vontade democrática positivada na Constituição Federal, especialmente nos direitos fundamentais, o que atinge a consideração da pessoa em concreto e a efetivação da dignidade da pessoa humana.

A vontade expressa quando tratada das políticas públicas é a do Administrador Público. Tal vontade deve ser direcionada, também, por força constitucional, à efetividade da dignidade da pessoa humana e, de igual modo, ser limitada e atender a pessoa concretamente considerada.

Desta forma, com finalidade de apresentar a pessoa concreta como núcleo de atendimento do direito do Estado, foi necessário pormenorizar seus aspectos jurídicos

expressos na dignidade da pessoa humana, que emerge como fundamento e vetor de interpretação jurídica, promovendo a repersonalização das políticas públicas.

A dicotomia jurídica entre Público e Privado deixou de possuir limites estabelecidos. Tanto as relações privadas acabam tutelando interesses sociais quanto a própria Administração Pública necessita realizar a tutela de interesses pessoalíssimos, garantindo assim o interesse constitucional na tutela e promoção da dignidade da pessoa humana.

Com a erosão da dicotomia clássica do Direito, somado à ascensão de uma Constituição Federal com bases democráticas e fortalecida por um conjunto de normas pós-positivistas, todas as construções jurídicas estabelecidas necessitam ser revistas e submetidas a um novo filtro, em que conceitos basilares que antes justificavam a construção de vários direitos autônomos (Direito Civil, Direito Penal, Direito Processual, Direito Administrativo, Direito Ambiental, Direito do Trabalho, etc.) se retiram do núcleo de suas devidas frentes jurídicas, dando lugar ao núcleo constitucional como base comum a todas demais matérias jurídicas.

Não mais a autonomia da vontade reina sobre o Direito Civil e sobre as relações particulares, mas a boa-fé, a função social e os direitos fundamentais, todos dirigidos pelo valor-fonte e princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, repersonalizando o direito privado conforme determina a vontade da sociedade representada na Constituição Federal.

De mesmo modo, no campo atribuído ao denominado Direito Público, não mais seu núcleo deve ser a supremacia do interesse público, pois não há parâmetro constitucional que justifique tal conceito da forma como é utilizado pela Administração Pública.

Desenvolve-se não como um fundamento jurídico, mas político, atraindo para o Administrador a discricionariedade de estabelecer sua aplicação e conteúdo, o que não tem recepção ao sistema constitucional atual. Este deve ser substituído nas relações públicas pelo núcleo fundamental constitucional: os princípios constitucionais e os direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana é trazida pelo conteúdo constitucional sendo considerada o valor fundamental de todo o Direito, fonte de todos os direitos fundamentais. Tem natureza jurídica de princípio constitucional e, por este motivo, não possui um conteúdo estanque e limitado, sendo passível de ampliação conforme sua historicidade alcançar. Molda-se a uma situação concreta, por tratar cada pessoa

humana de modo individual. Não consiste em um direito absoluto, mas em um princípio jurídico fundamental passível de ponderação. Por dirigir as ponderações, ser, portanto, o valor guia para as interpretações ponderativas, só pode ser relativizada quando em conflito com outra situação amparada, também, pela dignidade da pessoa humana.

Em razão da dignidade da pessoa humana ser um conceito amplo, revestido de elementos filosóficos, estabelecer um método de estudo, destrinchando suas vertentes em um plano multifacetário possibilitou um preenchimento em um substrato fático, demonstrando ser o principal elemento axiológico na contemporaneidade jurídica brasileira. É presente, portanto, em todas as tutelas jurídicas que tratam dos aspectos psicofísicos humanos, da liberdade, da igualdade e da solidariedade.

É o valor que informa a pessoa humana como medida das proposições sociais, levando ao Direito o dever de impossibilitar que qualquer pessoa seja tratada como instrumento da vontade alheia em respeito ao valor intrínseco da vida humana, de sua possibilidade de comunicação e no dever ético de alteridade, na construção histórica e cultural da vida humana e na consequência da existência do Estado, como prestador de direitos básicos e garantidor da autonomia privada. É a dignidade da pessoa humana que, como valor fundamental, vincula todo o sistema jurídico a ser revisitado para uma interpretação repersonalizante, garantida pelos direitos fundamentais constitucionalmente tutelados.

Assim, respeitando todas as características construídas a alto preço na história, encontra-se a supremacia dos direitos fundamentais interpretados à luz da dignidade da pessoa humana, como base de toda a sistemática jurídica e política da Administração Pública.

São os direitos fundamentais direitos subjetivos públicos que veiculam o conteúdo conquistado pela valorização da pessoa humana, fundando a argumentação para o afastamento de governos que tratavam o povo como instrumentos de sua vontade administrativa, demonstrando obrigações negativas (garantias de liberdade e direitos políticos) e positivas (direitos sociais e culturais para promoção de igualdade e democracia). Implementam a alteridade na preservação de direitos do outro, de modo coletivo (direitos transindividuais), consistindo matéria constitucional e suprema em nosso ordenamento, ainda que não absoluto por ser passível de ponderação com outros direitos fundamentais.

Sendo as políticas públicas os planos de natureza dúplice – política e jurídica – do Estado em realizar a escalação de suas obrigações perante a sociedade e com a participação desta, apresentam-se como o principal instrumento de implementação de atividades estatais em promoção de direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, visto sua natureza prestacional, estabelecidos como obrigação positiva e segunda dimensão de direitos fundamentais.

Inseridas em um contexto político de interesses privados e públicos, as políticas públicas possuem facetas que podem ser classificadas em critérios tridimensionais constituindo: atividade (substrato fático), plano (substrato axiológico) e política legislativa (substrato normativo) do Estado; donde, na cultura nacional herdada do período pré-constituição de 1988, o papel decisório na concretização do agendamento ou na tomada de decisão de implementação pertenceria ao Administrador Público em nome de um interesse público.

É temerário que o próprio governo estabeleça o papel de integrar o conceito de interesse público no caso concreto, pois assim o fazendo, pode exonerar-se de suas atribuições constitucionais, não possuindo respaldo normativo.

Em se tratando de matérias de políticas públicas, de igual forma, na fase decisória de seu ciclo, deve ser afastado o mérito administrativo para preenchimento do dever estatal de atendimento aos direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais.

Não é cabível que qualquer ente público ou privado tenha como argumentação a oportunidade e conveniência para deixar de cumprir um direito fundamental, ainda que o motivo apresentado seja a própria vontade da sociedade, visto que preterir os interesses ligados à dignidade da pessoa humana de uma vida por interesses diversos de outras vidas consistiria na instrumentalização do sujeito, prática condenada pelo direito.

Por tais razões, concluiu-se que a discricionariedade administrativa tem releitura necessária, sendo diminuta em um Estado Constitucional em razão a permeabilidade e amplitude dos princípios constitucionais, não prevalecendo quando tratado de matérias ligadas a direitos fundamentais.

Como as políticas públicas são as principais vias de promoção de direitos fundamentais pelo Estado, a discricionariedade administrativa deve ser substituída pela vinculação constitucional dirigida pela dignidade da pessoa humana.

Tratou-se, ainda, por ser constante argumento fático utilizado para o afastamento da vinculação do administrador aos direitos fundamentais, da Teoria da Reserva do Possível, estando a doutrina majoritária posicionada a não ser possível sua utilização como argumentação de descumprimento de direitos fundamentais, ainda que haja impossibilidade financeira, visto a essencialidade dos direitos constitucionalmente protegidos.

Deve-se priorizar a implementação de direitos sociais sobre qualquer outra política pública, ainda que esta atinja interesse social ou econômico. A repersonalização demonstraria que não seria possível o afastamento de políticas públicas de direitos sociais como instrumentalização para promoção de novas políticas, pois, desta forma, feriria o princípio da dignidade da pessoa humana por estar instrumentalizando o sujeito em concreto.

Conclui-se que as políticas públicas são necessárias para a promoção dos objetivos do Estado Constitucional, por promoverem direitos sociais básicos à estruturação de uma vida digna, autônoma, com desenvolvimento potencial. Seu estabelecimento deve ser pautado nas normas constitucionais e na própria dignidade da pessoa humana e não num conceito performático e discricionário de interesse público que não tem nenhuma identidade com as características de direitos fundamentais, estabelecendo, então, a repersonalização das políticas públicas.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Bernadette Siqueira. **História da Filosofia**. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 2004.

AGOSTINHO DE HIPONA, Santo. **A Trindade**. São Paulo: Paulus, 1994.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e Participação Popular: A construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental**. Curitiba: Juruá, 2013.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2007.

ANDRADE, Vander Ferreira de. **A Dignidade da Pessoa Humana: valor-fonte da ordem jurídica**. São Paulo: Cautela, 2007.

ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social**. In: **Revista Interesse Público**, nº 04, 1999, p.23-48.

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. Curitiba: Juruá, 2005.

AQUINO JÚNIOR, Geraldo Frazão de. **A repersonalização do direito civil a partir da perspectiva do direito civil constitucional**. RIDB, Ano 1, n.9. 2012, p. 5117-5144. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/09/2012_09_5117_5144.pdf>. Acessado em 04 out. 2017.

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Vol.I São Paulo: Loyola, 2003.

ARENDT, Hannah. **Da Revolução**. Brasília: Ática, 1988.

_____. **Origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BACHOF, Otto. **Der soziale Rechtsstaat in verwaltungsrechtlicher sicht.** In: Veröfentlichungen der verinin

BALABAN, Evan; DESCO, Manuel; VAQUERO, Juan-José. **Waking-like brain function in embryos.** Estados Unidos da América (EUA) In: **Current Biology**, maio de 2012, p. 852-861. Disponível em: <http://ac.els-cdn.com/S096098221200317X/1-s2.0-S096098221200317X-main.pdf?_tid=ac511262-3a24-11e2-9ebf-00000aab0f27&acdnat=1354194175_10003080b804d00e5_021c4e56581e063>. Acesso em: 18 out. 2017.

BARCELOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios:** o princípio da dignidade da pessoa humana. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo.** 4.reimp. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. Doutrinas Essenciais:** Direito Constitucional. Vol. 1. São Paulo: RT, 2011.

BARZOTTO, Luiz Fernando. **Pessoa e Reconhecimento:** Uma análise estrutural da dignidade da pessoa humana. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (Org.). **Dignidade da Pessoa Humana:** Fundamentos e Critérios Interpretativos. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 39-67.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização:** as consequências humanas. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

BECCHI, Paolo. **O Princípio da Dignidade Humana.** Revista Brasileira de Estudos Constitucionais n.7. 2008, p.191-224.

BENACCHIO, Marcelo (coord.) **Responsabilidade do Estado.** São Paulo, Quartier Latam, 2010.

BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade.** Trad. Wamberto Hudson Ferreira. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981.

BINENBOJM, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos da Personalidade.** 3.ed. Saraiva: São Paulo, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: Conteúdo Jurídico das Expressões**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

_____. **Proibição do Retrocesso Social: O Estado da arte em Portugal e no Brasil**. In: **Argumenta Journal Law**. N.19. Jacarezinho-PR: UENP, 2013. P. 103-123. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/409>>. Acesso em: 28 out. 2017.

BRITO, Jaime Domingues e LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. **O Mínimo Vital e o Fortalecimento de Água – Um Desafio Ao Poder Judiciário em Face da Nova Lei do Mandado de Segurança**. In: **Conpedi/Fortaleza** (org.) Acesso à justiça. Fortaleza: CONPEDI, 2010. Disponível em:<<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3829.pdf>>. Acessado em: 18 out. 2017. p.7658-7678.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neopositivismo**. In: **Panóptica**, Vitória, ano 1.n.6, fev.2007, p.1-44. Disponível em:<www.panoptica.org>. Acesso em 28 out. 2017.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

CAPPELARI, Récio Eduardo. **A repersonalização do direito privado: uma nova perspectiva para os danos à pessoa humana**. Dissertação de Mestrado. Disponível em:<<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2403>>. Acessado em: 4 out. 2017.

CARVALHO, Orlando de. **A Teoria Geral da Relação Jurídica**. Coimbra: Centelha, 1981.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Ed. RT, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas.** In: Interesse Público – IP. Vol. 4. N.16. p.49-63. out-dez. de 2002.

COSTA, Ilton Garcia da; TOSAWA, Suelyn. **Redução do Tempo de Trabalho.** In: **Diálogos Impertinentes:** Administração Pública. KNOERR, Fernando Gustavo; FERREIRA, Daniel (Coord.) Curitiba: Instituto Memória, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2006.

DIAS, Reinaldo. **Políticas Públicas:** princípios, propósitos e processos. São Paulo: Atlas, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Levando o Direito a Sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de Princípio.** Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

EASTON, David. **Uma Teoria de Análise Política.** São Paulo: Zahar, 1968.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil e Dignidade da Pessoa Humana:** Um diálogo constitucional contemporâneo. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (Org.). **Dignidade da Pessoa Humana:** Fundamentos e Critérios Interpretativos. São Paulo: Malheiros, 2010. p.101-121.

_____. **Estatuto do Patrimônio Mínimo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Teoria Crítica do Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário.** Atual. Gustavo Binenbojn. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas.** São Paulo: RT, 2005.

FREITAS, Dinamene de. **O ato administrativo inconstitucional.** Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

FUKUYUMA, Francis. **Nosso Futuro Pós-Humano: consequências da revolução da biotecnologia**. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. **Responsabilidade Civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa**. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manoel. **Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos**. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2010:

GIAZZI, Thiago Cesar; BRITO, Jaime Domingues. **Atualizando o modo de fazer políticas públicas: a valorização dos aspectos existenciais do sujeito de direito**. In: **Conpedi/Unicuritiba** (org.) Direitos Sociais e Políticas Públicas. Curitiba: CONPEDI, 2016. Disponível em: <
<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/56tv1cja/2aMogY332C99Rdrh.pdf>
>. Acessado em: 18 out. 2017. p.243-261.

GIAZZI, Thiago Cesar; LÊDO, Ana Paula Ruiz Silveira. **A Utilização de contratos-tipo para padronização de comércio internacional e a dignidade da pessoa humana como mitigadora da autonomia da vontade**. In: MENEZES, Wagner (org.) **Direito Internacional em Expansão**. Vol. XII. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2017. p. 305-322.

GIORGIANNI, Michele. **Do Direito Privado e suas Atuais Fronteiras**. Trad. Maria Cristina de Cicco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GONÇALVES, Ana Catarina Piffer. **Políticas Públicas: atividade exclusivamente estatal x participação de empresas privadas**. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Fernando de Brito (orgs.) **Políticas Públicas da previsibilidade a obrigatoriedade: uma análise sob o prisma do Estado social de Direitos**. Birigui, SP: Boreal Editora, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996.

_____. **O Futuro da Natureza Humana: a caminho de uma eugenia liberal?**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HEIDEMANN, Francisco G. **Políticas Públicas e Desenvolvimento: as bases epistemológicas e modelos de análise**. 3.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2014.

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

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Abril, 1983.

JOVILET, Régis. **Curso de Filosofia**. Trad. Eduardo Prado de Mendonça, 10.ed. Rio de Janeiro: Livraria Agir, 1970.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e outros Opúsculos**. Lisboa: Ed. 70, 1986.

_____. **Crítica a Razão Prática**. Lisboa: Ed. 70, 1986.

_____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

LACAN, Jacques. **Real, Simbólico e Imaginário**. Rio de Janeiro: JZE, 1998.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LÊDO, Ana Paula Ruiz Silveira; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. **Existencialidade Humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna**. **Civilística**, Rio de Janeiro, n. 61, p.1-22, 05 jul. 2017. Anual. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/08/Lêdo-Sabo-e-Amaral-civilistica.com-a.6.n.1.2017.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2017.

LEDUR, José Felipe. **Direitos Fundamentais Sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LÉVINAS, Emanuel. **Entre Nós: ensaios sobre a alteridade**. Petrópolis-RJ: Vozes, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **A Repersonalização das Relações de Família**. In: BITTAR, Carlos Alberto (org.). **O direito de família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2001.

LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro; Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MACKLIN, Ruth. **Dignity is a useless.** In: **British Medical Journal**, n. 327, 2003, p.1419. Disponível em: <<http://10.1136/bmj.327.7429.1419>>. Acessado em 18. Out. 2017.

MADALENA, Luiz Henrique. **Discricionariedade Administrativa e Hermenêutica.** Salvador: Jvspodivm, 2016.

MARON, Lúcia. **Os Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Editora Independente, 1998.

MARRARA, Thiago. **As Fontes de Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade.** In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2010.

MARTÍNEZ, Stella Maris. **Manipulação genética e direito penal.** São Paulo: IBCCRIM : Complexo Jurídico Damásio de Jesus, 1998.

MATTEI, Jean-François. **Platão.** São Paulo, Editora Unesp, 2005.

MEDEIROS, Rui. **A Decisão de Inconstitucionalidade:** Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Ed., 1999

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal.** 17.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MONDOLFO, Rodolfo. **O Pensamento Antigo.** São Paulo: Mestre Jou, 1971.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A União de Pessoas do mesmo Sexo:** uma análise civil-constitucional. Revista Trimestral de Direito Civil. n.1, p. 89-112, 2000.

_____. **Danos à Pessoa Humana:** Uma Leitura Civil - Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **O Conceito de Dignidade Humana: substrato axiológico e conteúdo normativo.** In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. Cap. 4. p. 107-149.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria e Interpretação dos Direitos Humanos Nacionais e Internacionais:** Especialmente na ótica da teoria estruturante do direito. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang e PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (orgs.) **Direitos Humanos e Democracia.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MUTO, Eliza; NARLOCH, Leandro. **Vida:** o primeiro instante. In: **Revista Superinteressante.** São Paulo: Editora Abril, nov. 2005

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica.** São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e Seus Princípios Fundamentais:** autonomia privada, boa-fé e justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais:** teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2010.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988:** estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

NUNES, Anelise Coelho. **A Titularidade dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana:** doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Antônia Teresinha de. **Políticas Públicas e Atividade Administrativa.** São Paulo: Fiúza, 2005.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. DUDH - **Declaração Universal de Direitos Humanos** de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2017.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil:** introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2015.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito Fundamental à Saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PONTES DE MIRANDA. **Direito à subsistência e direito ao trabalho**. Rio de Janeiro: Ed. Alba Limitada, 1933.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **O Valor da Pessoa Humana e o Valor da Natureza**. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (Org.). **Dignidade da Pessoa Humana: Fundamentos e Critérios Interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 22-37.

RAO, Neomi. **On the Use and Abuse of Dignity in Constitutional Law**. In: **Columbia Journal of European Law**, Vol. 14, No. 2, pp. 201-256, Spring 2008; George Mason Law & Economics Research Paper No. 08-34. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1144856>>. Acessado em 4 out. 2017.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martin Fontes, 2011.

_____. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. **Fundamentos do Direito**. 2.ed. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1972.

_____. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RICOEUR, Paul. **Tempo de Narrativa**. Trad. Roberto Leal Ferreira. Campinas: Papyrus, 1997.

RIDOLA, Paolo. **A Dignidade do Ser Humano e o Princípio da Liberdade na Cultura Constitucional Europeia**. Trad. Carlos Luiz Strapazzon e Thula Wesendonck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte, Del Rey, 1994.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROMITA, Sayão Arion. **Os Direitos Sociais na Constituição Brasileira**. In: Revista de Direito do Trabalho. n.73, 1988, p.70 e ss.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle Judicial de Segurança Pública: eficiência na prevenção e repressão ao crime**. 2.ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos**. In: **Revista Crítica de Ciências Sociais** n°48, 2001, p.11-32.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, Porto Alegre, n. 9, p.361-388, 01 jun. 2007. Semestral. Disponível em: <http://www.escolasuperiordedireito.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf>. Acesso em: 18 out. 2017.

_____. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.) **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, trajetória e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHMITTER, Phillip. **Reflexões sobre o Conceito de Política**. In: BOBBIO, Norberto et al. Curso de Introdução à Ciência Política. Brasília: UnB, 1984.

SCHOENWOLF, Gary C. et al. **Embriologia humana**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2.ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (orgs.). **Doutrinas Essenciais: Direito Constitucional**. Vol. 1. São Paulo: RT, 2011.

SPAEMANN, Robert. **Pessoas**: ensaios sobre da diferença entre algo e alguém. Jesuítas: Editora Unisinos, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TUGENDHAT, Ernst. **Lições sobre ética**. Trad. Róbson Ramos dos Reis. Petrópolis: Vozes, 2000.

URBANO, Zilles. **Pessoa e Dignidade Humana**. Curitiba: Editora CRV, 2012.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte, 2009.

WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia do Direito**: autonomia da dignidade da pessoa humana. Petrópolis: Editora Vozes, 2013.