

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE (UNI-RN)
CURSO DE DIREITO

MADSON VITOR NOGUEIRA DE MEDEIROS

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E(M) CRISE: UMA ABORDAGEM SOB A ÉGIDE DA
SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO

NATAL-RN

2015

MADSON VITOR NOGUEIRA DE MEDEIROS

**ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E(M) CRISE: UMA ABORDAGEM SOB A ÉGIDE DA
SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO**

Monografia apresentada como requisito parcial
para a obtenção do título de Bacharel em
Direito do Centro Universitário do Rio Grande
do Norte (UNI-RN).

Orientador: Prof. MSc. Hallison Rêgo Bezerra.

NATAL – RN

2015

Catálogo na Publicação – Biblioteca do UNI-RN
Setor de Processos Técnicos

Medeiros, Madson Vitor Nogueira de.

Administração pública e(m) crise: uma abordagem sob a égide da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição / Madson Vitor Nogueira de Medeiros. – Natal, 2015.
60 f.

Orientador: Prof. MSc. Hallison Rêgo Bezerra.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário do Rio Grande do Norte.

1. Direito administrativo constitucionalizado – Monografia. 2. Concretização das Normas Programáticas – Monografia. 3. Administração Pública – Monografia. I. Bezerra, Hallison Rêgo. II. Título.

RN/UNI-RN/BC

CDU 342.9

BIBLIOTECA UNI-RN 342.9 M488a
2015
ex. 1
M002299 (RB= 39756)
Medeiros, Madson Vitor Nogueira
Administração pública e(m) crise : uma
abordagem sob a égide da sociedade

MADSON VITOR NOGUEIRA DE MEDEIROS

**ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E(M) CRISE: UMA ABORDAGEM SOB A
ÉGIDE DA SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO**

Monografia apresentada como requisito parcial
para a obtenção do título de Bacharel em
Direito do Centro Universitário do Rio Grande
do Norte – UNI-RN

Aprovado em ____ / ____ / ____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. MSc. Hallison Rêgo Bezerra
Orientador

Prof. MSc. Abraão Luiz Filgueira Lopes
Membro

Prof. MSc. Felipe Maciel Pinheiro Barros
Membro

Dedico esta monografia à minha vovó
Regina Medeiros (in memoriam) e a todos os
meus professores da graduação.

AGRADECIMENTOS

Embora tenha parecido que sempre estive sozinho durante esses anos no curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN), o referido pensamento não merece amparo, vez que permaneci, deveras, ladeado de muita energia positiva. Assim, percorri e ainda percorro a graduação ao lado de pessoas maravilhosas, começando pela minha família que sempre demonstra forte apoio nesta árdua caminhada que é o ensino superior. Em especial destaco os meus pais, Hildérica Nogueira e Maurício Medeiros, como também a minha irmã, Sandy Medeiros.

Mas os agradecimentos transcendem o núcleo familiar, pois, sinceramente, não estaria aqui sem o incentivo daqueles que me acompanharam no meu primeiro estágio – ainda de nível médio – na Procuradoria Federal-INSS. Quanto a este local, agradeço imensamente a vocês, Fátima Suely e Emília Franca, pelos conselhos dados e proteção durante um ano e meio de estágio na autarquia federal. Também preciso evidenciar a participação de outras pessoas que conheci nesta época e pelos quais nutro grande admiração. Obrigado por tudo, Vaneska Ribeiro (pessoa), Sophia Prado, Marcyo Lima, Talita Seixas, Kayo Alves, Rodrigo Cartaxo, Nathália Albuquerque, Kley Anderson, Afonso Siqueira, Valéria Soares (Valzinha), Jani Felix, Juliene e Doutor Francisco Carlos Dantas.

Ao Centro Avançado de Ensino – CadE pelos três anos maravilhosos da minha vida, quando aprendi principalmente sobre assuntos humanísticos. Em razão de ser muitos amigos e ex-professores, não poderei citá-los neste documento. Mas tenham a certeza de minha gratidão.

De mais a mais, também estendo os meus agradecimentos àqueles conhecidos ao longo desses anos na área jurídica. Começo pela instituição a qual faço parte, UNI-RN. Como é amplamente conhecido, todo curso padece de alunos desistentes, pessoas que não se identificam com o curso e saem em busca de novos horizontes. Neste cenário tenho Clarissa Maria Guerra e Phirtia Raianny, que mesmo estando fora do ambiente acadêmico permaneceram ao meu lado na condição de amigas, sempre prontas pra me ajudar no que fosse preciso. Obrigado, queridas! Amo vocês!

No que se refere aos colegas que permaneceram na graduação, preciso lembrar e agradecer pelo carinho e apoio demonstrado nos mais diversos momentos

por Tamires Regis, Mylla Walleska, Vítor França, Maryland Galvão, Karina Rodrigues, Raíula Sena, Katia Simone, Raphael Chaves, Letícia Bezerril, Fernando Bezerril, Felipe Rocha, Gabriel Gurgel, Mauríceia, Dália Saraiva, Fábio Santos, Wendell Santana, Kelly Lopes, Bruno Rodrigues e Pedro Vitor. Muito obrigado a todos!

Ainda no espaço acadêmico, quero explicitar o meu carinho e admiração pelo orientador desta monografia, Hallison Bezerra, responsável por me fazer problematizar situações e aprender muito sobre direitos fundamentais. Além disso, obrigado pela parceria e paciência por me aturar no projeto de extensão – Magistratura: Análises e Debates.

Para não ser injusto, também se faz necessário recordar e tornar público a minha gratidão pelos locais de estágio por onde passei. Em razão disso, obrigado pelo carinho direcionado a minha pessoa ao longo de alguns meses pela equipe da melhor Vara Cível da comarca do Natal, 6ª Vara Cível. Obrigado, muito obrigado Andréa Gersósimo Mussato, José Ribamar, Solange Aguiar, José Antônio Gonçalves, Marcelo Câmara e Erika Mais. Adoro vocês! Os levarei no coração para onde quer que eu vá.

Quanto aos escritórios de advocacia, agradeço pela oportunidade concedida. Neste caso, preciso externar esse sentimento para Sonelli Fernandes, Igor Teixeira, George Arthur Fernandes, Vanessa Freire, Francisco Paletó, Fábio Queiroz e Giovanna Bruna.

Por fim, não posso esquecer-me do estágio que representa um divisor de águas na minha vida profissional. Assim posso definir o Ministério Público Federal. Neste órgão destaco a participação do procurador da República, Fernando Rocha de Andrade, por confiar no meu trabalho e me presentear com grandes desafios. Além de Dr. Fernando, nada disso seria possível sem o profissionalismo e empenho do melhor analista processual que se tem notícia, Rossano Azevedo, responsável por fomentar meu raciocínio jurídico no dia-dia do *Parquet* Federal. Obrigado, Fernando e Rossano! Serei eternamente grato por esta guinada na minha vida.

Mas, obviamente, também devo lembrar-me de meus colegas e amigos da Estagiadoria-MPF, que tanto me ajudaram e ajudam. Obrigado, muito obrigado por tudo Ana Carla Figueiredo, Flavio Figueiredo, Túlio Duarte, Isadora Dias, Jéssica Celi, Rodolfo Carvalho, Diego Rocha, Arthur Melo e Artur Caldas.

Ainda no âmbito da Estagiadoria-MPF, necessito agradecer aos céus por ter

reencontrado você, Shade Dandara. Obrigado por estar ao meu lado nos momentos bons como também durante as dificuldades. Tenho certeza que essa amizade não tem prazo de validade. Amo você demais! Que a nossa amizade possa ter muitas cores hoje, amanhã e sempre! Fiquemos juntos sempre e para sempre! Obrigado!

"Se não eu, quem? Se não agora, quando?".

(Emma Watson durante discurso na
Organização das Nações Unidas em 22 de
setembro de 2014).

RESUMO

Os debates sobre a crise da administração pública no que diz respeito a concretização dos direitos fundamentais de natureza prestacional têm ganhado cada vez mais espaço na cena jurídica, especialmente no plano do direito administrativo constitucionalizado. A grande problemática trazida pela crise referenciada, sem dúvidas, consiste na ausência de subsídios teóricos para compreendê-la no âmbito de um direito administrativo mais próximo dos ditames constitucionais, razão pela qual boa parte das produções científicas se apegam à investigações perfunctórias ao se limitarem, não raramente, tão somente à questão da norma constitucional positivada e seus reflexos na dinâmica da sociedade. Este trabalho discute, portanto, quais as hipóteses, após testadas e verificadas sua veracidade, permitem um embasamento adequado para se compreender as premissas teóricas que sustentam a vicissitude da administração pública perante a Lei Maior, notadamente na concretização dos direitos sociais prestacionais. Em sede de conclusões, constata-se a fidedignidade de hipóteses sucessivas, as quais harmonizadas corroboram por uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

Palavras-chave: Direito administrativo constitucionalizado. Concretização das Normas Programáticas. Administração Pública.

ABSTRACT

The discussion about the public administration crisis on what concerns the achievement of fundamental rights assured on Constitution have been finding their way onto the legal scene, mainly on the constitutionalized administrative law field. The main issue brought by the mentioned crisis is the lack of theoretical knowledge to comprehend it within an administrative law field closer to the constitution, reason why most part of the scientific production about it is focuses on a perfunctory investigation, restricting to the current constitutional provision and its consequences on social dynamics. This task debates thus what hypothesis – after checked and confirmed their truthfulness – allow an appropriate comprehension to understand the theoretical premises that supports the public administration vicissitude before the Supreme Law, noticed on the achievement of social among the state provider rights. To conclude, it was verified the reliability of successive hypothesis which once harmonized endorse a society opened to new possible comprehension of Constitution.

Keywords: Constitutionalized administrative law. Achievement of programmatic norms. Public administration.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A PASSAGEM DO ESTADO DE DIREITO PARA O ESTADO CONSTITUCIONAL	14
2.1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO FUNDAMENTO DO ESTADO DE DIREITO E SUAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS	15
2.2 ESTADO CONSTITUCIONAL E OS PRINCIPAIS DESAFIOS POSTOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	21
3 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	30
3.1 A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS	31
3.2 OS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E MORALIDADE ADMINISTRATIVA E A RELAÇÃO DELES COM A CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS	36
4 QUAL O FATOR DETERMINANTE PARA A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO?	41
4.1 RESPALDOS PARA O CONTROLE JURISDICIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE CUNHO SOCIAL	47
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
REFERÊNCIAS	58

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia consiste em uma análise sistemática do direito administrativo constitucionalizado, notadamente no que toca a não concretização dos direitos fundamentais com natureza de prestação por parte da Administração Pública.

O assunto supracitado tem despertado, com certa frequência, interesse por parte dos pesquisadores do direito em razão de uma Constituição em vigor com força normativa, como também por ser ela a responsável em irradiar valores fundamentais para todo o restante da ordem jurídica. No entanto, com a devida vênia, se discorda da ideia superficial da qual a maioria das produções jurídicas desta seara comunga.

Nesse contexto, realizar uma abordagem acerca da não concretização das normas programáticas – eficácia limitada – pela Administração Pública sem as premissas teóricas pertinentes, representa um enorme equívoco. A despeito da discussão no que toca a força normativa da Constituição ainda ser atual, ela não é o suficiente quando considerados os fundamentos para se exigir da esfera jurídica referenciada o cumprimento de seu dever em concretizar os direitos fundamentais de segunda geração.

É exatamente neste ponto que reside a motivação por pesquisar sobre este assunto, vez que na graduação ainda é pouco ou quase nula a imbricação do direito administrativo com o constitucional realizada pelos professores, mas não que essa ausência seja uma culpa exclusiva deles. Muito pelo contrário, acredita-se que, deveras, o curso de direito em todas as instituições de ensino superior deste país não conseguem acompanhar o crescimento do direito ocorrido nos últimos anos, restando, por conseguinte, pouquíssimo tempo para se discutir temas atuais e relevantes à luz dos valores constitucionais na esfera administrativista.

Retornando ao raciocínio, registre-se que aqui se preza pela humildade acadêmica, razão pela qual se aponta que esta monografia não é uma obra acabada, tampouco imune às críticas. Por outro lado, acredita-se que a academia é o principal ambiente por fomentar ideias controversas e por criar (in)certezas, nunca uma verdade absoluta.

Como se percebe pelo pouco apresentado, objetiva-se de forma geral buscar subsídios (leia-se fundamentos teóricos) para melhor discussão acerca de

diversos temas, como a judicialização de direitos fundamentais com cunho de prestação social. Em razão disso, parte-se da concepção de os trabalhos acadêmicos estarem com pouca fundamentação ou quase nenhuma. Tal cenário é bem representado quando se discute, por exemplo, a judicialização da saúde tendo como premissa o Estado de Direito (?). Ao que parece, fundamenta-se no equívoco, talvez por pura imprecisão terminológica.

À vista disso, dedica-se o primeiro capítulo desta monografia em evidenciar a evolução do Estado, deixando o modelo puramente de Direito para se transformar em Constitucional. Ao longo dessa investigação, adota-se o método hipotético-dedutivo para encontrar uma solução, cuja exposição se dá em uma hipótese principal e várias secundárias. No bojo do primeiro capítulo se discute, por exemplo, o fundamento do Estado de Direito e quais os parâmetros para se utilizar na identificação de um Estado Constitucional.

Além disso, promove-se um verdadeiro diálogo entre o início e o fim da investigação científica, quando se utiliza teses de Hans Kelsen e Pontes de Miranda para elucidar a teoria da sociedade aberta dos interpretes da Constituição, de Peter Habermas, aplicada aos termos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Espera-se que o leitor consiga compreender a construção da hipótese principal e das secundárias, observando, com isso, a convergência, ou não, das hipóteses.

No decorrer da leitura será verificada a abrangência da temática, especialmente nos efeitos causados na seara do direito administrativo e constitucional, provocando uma verdadeira unificação dessas duas disciplinas, que passa ser concernida, pelo menos nesta monografia, como direito administrativo constitucionalizado.

De mais a mais, após a ocorrência de eventual harmonização das hipóteses, analisar-se-á a questão que, talvez, desperte mais interesse da academia, que é a teoria da sociedade aberta dos interpretes da Constituição. A referida teoria pertence a um jurista alemão, de maneira que a leitura da obra foi pautada com muita cautela com o fim de se evitar o cometimento de imprecisões no momento de adequá-la para a realidade brasileira.

Também se faz necessário evidenciar o objetivo geral e os específicos desta pesquisa. O objetivo amplo, indubitavelmente, repousa na pretensão de fornecer premissas teóricas consistentes sobre a crise que ultrapassa a Administração

Pública no que concerne ao cumprimento dos valores contidos nas normas programáticas, evidenciando, por consequência, a evolução da tese denominada direito administrativo constitucionalizado.

No que se refere aos específicos, restringe-se a dois, quais sejam: elucidar a superação do conceito de interesse público e, por fim, o de expor qual fator é responsável por fomentar a busca do indivíduo – aqui compreendido sob o sentimento de indignação com a Administração Pública – pelo Poder Judiciário para a concretização de direito fundamental com cunho social.

No âmbito da hipótese principal, analisar-se-á se o Estado Constitucional é o fundamento principal da crise que ultrapassa a Administração Pública. Quanto às hipóteses secundárias, estas devem ser averiguadas no decorrer da leitura desta monografia para possível convergência com a hipótese principal.

Por fim, pede-se ao leitor muita atenção, também, com as notas de rodapé que contenham comentários complementares, tendo em vista que apesar de aparentar certo distanciamento da problemática central, pode, deveras, auxiliar na compreensão do raciocínio proposto nesta pesquisa científica.

2 A PASSAGEM DO ESTADO DE DIREITO PARA O ESTADO CONSTITUCIONAL

"[...] O Direito Administrativo, além da finalidade de limite ao poder e garantia dos direitos individuais ante o poder, deve preocupar-se em elaborar fórmula para a efetivação de direitos sociais, econômicos, coletivos e difusos, que exigem prestações positivas [...]" (Odete Medauar, Apresentação da 1. ed. **De seu Direito Administrativo Moderno**, 1997).

A presente monografia tem como função precípua influenciar o lugar no qual terá o seu primeiro contato, a academia de bacharelados em direito. Por esse motivo, busca-se fomentar uma tese que aos poucos vem conquistando notoriedade no debate jurídico, a saber: direito administrativo constitucionalizado.

Embora pareça que há milhares de trabalhos sobre a questão supramencionada, não se passa de um verdadeiro engano, uma vez que a maioria dos trabalhos acadêmicos que tratam da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública – não que eles sejam menores por conta disso – perpassa por um caminho superficial, sem apresentar as devidas premissas teóricas que promovem as condições de se entender a atual conjuntura da Administração Pública.

Como será visto adiante, propõe-se um desafio implícito ou explícito a depender da pré-compreensão do leitor no que tange à reunião de conceitos que, inicialmente, pertencem a ramos jurídicos distintos: direito constitucional e direito administrativo. Mas, apesar de parecer um pouco confuso numa primeira leitura, a incitação tem como escopo o de se fazer entender a tese aqui abraçada, que é a do fenômeno conhecido como constitucionalização do direito administrativo.

No presente capítulo se pretende discutir a passagem do Estado de Direito para o Estado Constitucional, evidenciando seus fundamentos e consequências práticas. Mais uma vez, observa-se que ainda parte da doutrina incorre em erro ao relacionar a crise da Administração Pública com os pilares do Estado de Direito. Por consequência dessa imprecisão, qualquer debate na seara administrativista tem como respaldo a ideia de poder da administração, a qual já devia ter sido superada pela doutrina especializada.

2.1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO FUNDAMENTO DO ESTADO DE DIREITO E SUAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS

Para uma parcela da doutrina – esta compreendida como a vertente clássica -, um dos pilares do constitucionalismo contemporâneo é o Estado de Direito, visto que ele veio com o fim de atender à vociferação popular por um “governo de leis, não de homens”. Como exemplo da afirmação, tem-se a mudança estatal culminada pela Revolução Francesa, a qual teve a indignação como um de seus principais fatores¹.

Nessa senda, embora a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão elaborada na França, datada de 1789, não seja considerada uma constituição em sentido estrito, aqui se entende o documento referenciado como amparado pelo sentido amplo, já que apresenta o núcleo inerente ao movimento constitucionalista, a saber: decisão política.

À vista do supracitado, tem-se que a ideia de supremacia do parlamento não deve ser semelhante à de supremacia da ordem constitucional. A afirmação referida encontra respaldo nos primeiros passos do constitucionalismo francês, que não fez previsão de qualquer instrumento (leia-se ação)² para subsidiar a defesa da lei maior, razão pela qual a salvaguarda da Constituição terminava por ser entregue ao próprio legislativo ante a supervalorização da lei infraconstitucional e do Parlamento³.

Com o fito de amparar a concepção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão como sendo uma decisão política, segue a transcrição do conceito de Poder Constituinte dado pelo saudoso jurista Miguel Seabra Fagundes⁴:

O poder Constituinte, manifestação mais alta da vontade coletiva, cria o

¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do direito constitucional**: O estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 5.

² Apenas para contrapor com a atual constituição brasileira, registre-se que a aferida foi influenciada pela Constituição de 1976 de Portugal no que diz respeito às ações de controle de constitucionalidade, especialmente aquela que tem como objeto a omissão estatal. Contudo, os instrumentos de defesa da Lei Maior brasileira evoluíram mais do que a portuguesa, sendo hoje um dos modelos de direito comparado mais “avançados” e controversos na proteção das omissões inconstitucionais.

³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 46.

⁴ FAGUNDES, M. Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 1.

Estado (ou reconstrói) por meio da Constituição, lei básica em que lhe determina a estrutura geral, institui a autoridade, delimitando a organização dos poderes públicos, e define os direitos fundamentais do indivíduo. A Constituição é, assim, a expressão primária e fundamental da vontade coletiva, organizando-se juridicamente no Estado, que com ela principia a existir e segunda ela demanda os seus fins.

Para Hans Kelsen, a modificação na aparência estatal deve ser analisada sob a ótica de dois aspectos, quais sejam: pela natureza dos fenômenos sociais e das instituições sociais em particular, o Estado em especial. Para o jurista austríaco, todos os fatos sociais são definidos como processos mentais, tendo sua origem na mente humana e diferenciando-se dos movimentos corporais atribuídos à "natureza" no seu sentido mais estrito. No que se refere ao fator social, ele disserta que o referido fator deve ser visto sob a égide da união específica, uma espécie de fusão de indivíduos. Para tanto, apregoa que essa união seja embasada por uma reciprocidade peculiar, isto é, que a mente do indivíduo influencia e, ao mesmo tempo, é influenciada. Portanto, o Estado se consubstancia na unidade porquanto existe entre os cidadãos uma relação análoga de influência mútua⁵.

O exemplo disso, certamente, repousa na própria formulação do Estado, posto que este, inflamado pela consciência dos homens em preservar a propriedade privada, viu-se na exigência de superar o estado de natureza. Neste modelo, ainda que todos possuíssem liberdade, a ausência de uma lei prévia e de um governo acarretou o processo supracitado, influência mútua, isto é, visando a um determinado objetivo - mudança no dirigismo estatal.

Nessa linha de ideias, Norberto Bobbio⁶ defende:

O que pode também explicar por que a liberdade enquanto valor, ou seja, enquanto bem ou fim a perseguir, é habitualmente considerada como um bem ou um fim para um indivíduo ou para um ente coletivo (grupo, classe, nação, Estado) concebido como um superindivíduo, ao passo que a igualdade é considerada como um bem ou um fim para os componentes singulares de uma totalidade na medida em que esses entes se encontrem num determinado tipo de relação entre si.

Montesquieu⁷, em sede da célebre obra "O espírito das leis", conceitua: "liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proibem ela já não teria liberdade, porque os outros também teriam

⁵ Kelsen, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 304.

⁶ Bobbio, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 12.

⁷ Montesquieu. **O espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

este poder”.

Com isso, em razão do conceito sobredito, filia-se à corrente que credencia a liberdade como um fim a ser perseguido, desde que se respeitem os limites impostos pelo direito com a função de que, durante o exercício desta liberdade, não ocorra invasão na esfera de outrem.

Em consonância com o aludido, não há nada que o homem considere mais sagrado que o pensamento, bem como a expressão dele. A censura, certamente, causa irritação, podendo ocasionar, inclusive, pensamentos revolucionários. Mas, para alguns, a prática da censura é algo muito difícil, quiçá impossível. Portanto, ter pensamentos revoltosos pode significar perda de tempo⁸.

À vista disso, realizar-se-á a seguinte ressalva⁹: a liberdade de expressão, desde que não esteja em iminente conflito com outro direito, deve ser respeita pelos poderes republicanos. No que pese o respeito, limites podem ser impostos durante o caso concreto a ser analisado pelo Poder Judiciário. Recomenda-se, portanto, que eventual censura ocorra em momento posterior, nunca antes ao exercício efetivo do direito em referência.

O referido raciocínio encontra suporte na concepção de liberdade como fim a ser perseguido, como uma espécie de influência mútua e contínua que persiste quando se vive em sociedade. Destarte, qualquer meio que venha, de forma prévia, a censurar o direito à liberdade de expressão incorreria em erro, tendo em vista que por ele ser um valor muito sensível em razão da sua função precípua - influência coletiva -, a própria reformulação do Estado passaria a ser considerada como impossível.

Ainda no plano da liberdade do indivíduo como um fim a ser perquirido, Pontes de Miranda¹⁰ elucida:

Os indivíduos pertencem a três tipos psicológicos, *quanto aos fins*:
a) aqueles que ignoram, ou não vêem, ou negam a existência de fins; b)

⁸ SÉRGIO, António. **Democracia**: diálogos de doutrina democrática. 2. ed. Lisboa: Livraria Sá da Costa, 1974. p. 3.

⁹ Embora esteja correlacionando a liberdade de expressão com o Estado de Direito e sem fazer menção direta a nenhuma constituição, não há qualquer óbice de fazer tal ressalva, uma vez que o Judiciário não funciona como uma espécie de poder moderador de hoje, mas de muito tempo, desde os primeiros sinais do constitucionalismo na França. Assim, a conclusão que possibilita a censura posterior realizada pelo Poder Judiciário não parece imatura por ser tratada, no começo da presente monografia, pelas razões dantes aduzidas.

¹⁰ MIRANDA, Pontes de. **Democracia liberdade igualdade**: os três caminhos. São Paulo: José Olympio, 1945. p. 607.

aqueles que somente vêem fins próximos; c) aqueles que vêem fim, ou vêem fins – para eles seguem, e sentem ou percebem quando, e quanto, dele, ou deles, se afastam ou se aproximam.

E prossegue, quando defende que a primeira classe é a dos “agnósticos dos fins”, pois, quando não ignoram ou permanecem cegos quanto aos fins, lhes negam a existência. Para ele, essa classe pode ser compreendida como se fosse composta por céticos. Ademais, acrescenta ao afirmar que boa parte dos homens do referido gênero, vivem na condição de carcaças vazias¹¹.

Nesse diapasão, Pontes de Miranda¹², ao tratar da segunda espécie, evidencia a incapacidade dos que compõem esta classe de visualizar a história, a sociedade, ou o seu próprio tempo. Acentua, também, que a aptidão desses indivíduos não ultrapassa os interesses que transitam no plano da vida privada.

Por fim, a terceira classe é capaz de ver os fins humanos, conforme aduzido pelo próprio¹³.

A grande quantidade de homens capazes de ver os fins humanos é fato típico da civilização ocidental. A concepção dos Direitos do Homem, a concepção da razão humana que cresce assim em quantidade como em qualidade, os ideais de democratização do mundo, de libertação dos povos, de asseguarção de certa igualdade, foram eclosões desse sentimento e dessa convicção dos fins. Por isso mesmo, a ateleose, na sociedade ocidental, durante alguns momentos, ou séculos, basta para se lhe diagnosticar que ela está doente.

Nessa senda, Robert A. Dahl¹⁴ ensina: “Todos nós temos objetivos que não conseguimos atingir sozinhos. No entanto, cooperando com outras pessoas que visam objetivos semelhantes, podemos atingir alguns deles”.

Portanto, todos ou quase todos – exclusivamente aqueles oriundos da terceira classe, extraída da teoria de Pontes de Miranda – possuem pretensões, quais sejam: uma sociedade justa, meio ambiente equilibrado, fraternidade entre os povos, trabalho satisfatório – e outras. Todavia, pode ocorrer do desejo de um indivíduo diferir do pretendido pelo outro, razão pela qual se faz preciso da liberdade para amparar a busca pela efetivação desses direitos. Com isso, tem-se que o

¹¹ MIRANDA, Pontes de. **Democracia liberdade igualdade: os três caminhos**. São Paulo: José Olympio, 1945. p. 608.

¹² MIRANDA, Pontes de. **Democracia liberdade igualdade: os três caminhos**. São Paulo: José Olympio, 1945. p. 610.

¹³ MIRANDA, Pontes de. **Democracia liberdade igualdade: os três caminhos**. São Paulo: José Olympio, 1945. p. 610.

¹⁴ DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia**. Brasília: UnB, 2001. p. 47.

Estado de direito protege essa liberdade e a oportuniza melhor que qualquer sistema político-jurídico de que se tenha notícia.

A necessidade de proteger esses direitos e oportunidades não é de difícil compreensão por parte do homem médio e de seus representantes políticos. Como exemplo disso, remete-se o leitor ao século XVIII, quando, pelo menos para os estadunidenses estava evidente a inviabilidade de uma república democrática sem estar ladeada pela liberdade de opinião. Para tanto, uma das primeiras ações de Thomas Jefferson depois de eleito para a presidência, em 1800, foi pôr fim às equivocadas leis dos Estrangeiros e do Tumulto – promulgadas sob a gestão precedente de John Adams –, que teria anulado a expressão política naquele país¹⁵.

Em razão do aludido, faz-se necessário realizar a seguinte ressalva: para alguns, os próprios defensores do Estado de Direito procuram transigir com o espírito do seu tempo, planejando, inclusive, modificação no ideário e de renovação nos órgãos do regime referenciado. Entretanto, outra parcela da doutrina critica esta linha de raciocínio, porquanto aduzem que tal vertente confunde duas coisas distintas, quais sejam: órgãos e ideias; meios e fins. Os órgãos são simples meios práticos, meros instrumentos ocasionais (passíveis de aperfeiçoamento) de realizar o sistema de ideias. Portanto, caso haja necessidade de realizar essa modificação nos órgãos, é tão somente pela simples vontade de se aproximar ainda mais do teor democrático¹⁶.

Nessa perspectiva, todo condicionamento da liberdade de um homem advém da necessidade de respeitar a do outro, de modo que é a liberdade o fator a exercer os efeitos condicionantes a fim de frear o arbítrio da autoridade. E isso parece ser inevitável, haja vista que a autoridade nunca pode ser senão um meio. Além disso, a justificativa do ser autoridade reside no fim que se propõe, o qual, indubitavelmente, se concretiza quando serviente à coletividade. Em razão disso, indaga-se: qual é o maior bem de uma pessoa? Decerto, a liberdade.

O conceito de liberdade humana deve consistir no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, da concretização de sua felicidade. Logo, a liberdade é um poder de autodeterminação, em virtude do qual o

¹⁵ DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia**. Brasília: UnB, 2001. p. 63.

¹⁶ SÉRGIO, António. **Democracia: Diálogos de Doutrina Democrática**. 2. ed. Lisboa: Livraria Sá da Costa, 1974. p. 6.

homem opta de forma consciente qual comportamento pessoal seguir¹⁷.

Para Gustavo Gonet Branco¹⁸, "a liberdade de expressão é um dos mais relevantes e preciosos direitos fundamentais, correspondendo a uma das mais antigas reivindicações dos homens de todos os tempos".

Em sintonia com o desenvolvido até aqui, fazem-se necessários comentários sobre a liberdade negativa e a positiva.

Para Bobbio¹⁹, a liberdade negativa, ao menos na linguagem da ciência política, consiste na possibilidade conferida ao indivíduo de se comportar através de forma comissiva e sem a ameaça de impedimento, como também a de não agir de maneira obrigada por terceiros. Desse modo, a espécie referenciada também costuma ser conhecida como ausência de impedimento ou de constrangimento.

E prossegue, quando defende que a liberdade positiva deve ser assimilada como sendo uma situação na qual é oportunizado ao sujeito orientar seu próprio querer no sentido de uma finalidade, sem ser determinado pelo querer de outros. Tal maneira de liberdade é conhecida também como autodeterminação ou, para alguns de forma mais adequada, de autonomia²⁰.

Realizada essa conceituação, registre-se que a liberdade positiva não está de encontro ao ideário de Hans Kelsen no que toca a influência mútua inerente à sociedade. Isso porque, embora a liberdade em questão repouse sob a premissa de o indivíduo orientar a sua própria vontade, esta não anula a incidência da influência. Em outras palavras, ele não pode ser obrigado a fazer algo, porém, tanto pode influenciar como ser influenciado por outrem.

Por fim, evidencia-se o que por ora se entende como principal fundamento do Estado de Direito, qual seja: liberdade de expressão. Indubitavelmente, sem a luta e a conquista do direito referenciado e seu efetivo exercício, a superação de um Estado autoritário para o de Direito parece ser impossível²¹.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 325.

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 263.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 48.

²⁰ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 51.

²¹ Com o objetivo de prestar esclarecimentos ao leitor, a presente monografia busca trabalhar o Estado de Direito sob a ótica ainda pouco discutida, qual seja: a liberdade de expressão como o fundamento para a sua existência. Obviamente, neste primeiro tópico, não se manteve a ideia apenas da liberdade duramente conquistada no plano da revolução francesa, mas, sobretudo, no seu contínuo exercício por parte dos indivíduos. Para isso, evidencia-se uma série de fatores que culminam com o processo de reformulação do Estado, razão pela qual a presente pesquisa se vê na

No entanto, conforme o arcabouço teórico desenvolvido até aqui, como a existência de fins a serem perseguidos e a liberdade como o maior bem do indivíduo e também da humanidade, o Estado de Direito perpassou o imaginário e foi concretizado, limitando a atuação do Estado com o indivíduo e protegendo, por conseguinte, aqueles direitos fundamentais compreendidos pela doutrina especializada, como os de primeira geração.

Ainda no âmbito do Estado de Direito, J. J. Gomes Canotilho²² elucida:

O Estado de direito é um estado constitucional. Pressupõe a existência de uma constituição normativa estruturante de uma *ordem jurídico-normativa fundamental* vinculativa de todos os poderes públicos. A constituição confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de *supremacia* – supremacia da constituição – e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o <<primado do direito>> do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão. Do princípio da constitucionalidade e da supremacia da constituição deduzem-se vários outros elementos constitutivos do princípio do estado de direito.

Consoante se extrai da citação sobredita, Canotilho defende como semelhantes o Estado de Direito e o Estado Constitucional. A despeito de se depreender muita estima pelo renomado jurista português, aqui se entende que os referidos ordenamentos possuem premissas teóricas distintas, como também consequências práticas adversas, conforme veremos no tópico seguinte.

2.2 ESTADO CONSTITUCIONAL E OS PRINCIPAIS DESAFIOS POSTOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:

Como uma forma de fazer com que esta monografia seja compreendida, vale-se de uma ressalva inicial como maneira de contrapontear o estudado anteriormente, a saber: não se pode defender a tese de que a passagem do Estado

obrigação de buscar em fontes pouco trabalhadas pela doutrina, como a teoria de Hans Kelsen no que tange à influência e à corajosa teoria de Pontes de Miranda sobre a natureza humana. Esta última, acredita-se, é alvo de grande debate no meio acadêmico, uma vez que parece colidir com o ideário de homem político de Aristóteles. Apesar disso, espera-se que esta monografia tenha conseguido harmonizar todos esses fatores a fim de proporcionar um panorama menos superficial sobre liberdade de expressão.

²² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 245.

de Direito ao Estado Constitucional repouse, exclusivamente, na presença de uma Constituição rígida como sustento da transformação, posto que, por igual, o Estado de Direito também ostentava o mesmo instrumento no topo de seu sistema normativo. Assim sendo, a distinção entre esses modelos de Estado não se trata tão somente de uma Constituição, mas de um conjunto de elementos que transformam profundamente a ordem jurídica e os modos de se fazer sua interpretação e aplicação fática²³.

E prossegue o Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da UFPR²⁴, quando evidencia os elementos responsáveis pela modificação estrutural:

Em última instância, contudo, o que caracteriza efetivamente a Constituição do Estado Constitucional em face da Carta Magna de um Estado de Direito é a inclusão de valores e princípios no âmbito do texto constitucional, essencialmente no que tange à *dignidade da pessoa humana* e aos Direitos Fundamentais, assim como o estabelecimento de metas e diretrizes a que o Estado deve, em primeiro plano, buscar, com o escopo de concretizar e de proteger os direitos e valores antes mencionados.

No que diz respeito ao princípio da dignidade humana²⁵, fazem-se necessários alguns comentários: o referido valor foi desenvolvido, pela primeira vez, na fase do cristianismo, com o arrimo de ser o homem o reflexo de Deus, bem como por ser amado pelo seu criador, consistindo, ademais, por poder tomar decisões contrárias ao seu desejo natural. Com o passar do tempo, o referido princípio foi incorporado na atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, seguindo, então, uma tendência mundial. Por último, registre-se que ela – dignidade da pessoa humana – não transita somente na órbita dos atos oriundos do Estado,

²³ BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 37.

²⁴ BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 41.

²⁵ Com a pretensão de realizar uma ressalva - a fim de evitar possível confusão -, faz-se necessário ensinar a diferença latente entre regra e princípio, em especial explicitar qual a que por ora se filia. Pois bem. Segundo Dworking, a regra está pautada no tudo ou nada, razão pela qual o simples enquadramento da norma na situação fática satisfaz a sua aplicação. No caso da regra, há possibilidade de uma eventual antinomia (conflito). Caso isso ocorra, o intérprete deve buscar a solução nos critérios tradicionais (hierárquico, da especialidade e cronológico). Para ele, o princípio, ao contrário da regra, tem a dimensão do peso, como também pode interferir na esfera de outro princípio. Para Alexy, de forma um pouco distinta, defende-se que a norma deve ser aplicada na maior medida possível, enquanto os princípios são mandados de otimização. Realizada essa breve conceituação e confronto de ideias, filia-se à corrente de Robert Alexy.

mas, também, norteia as relações que se desenvolvem no seio da sociedade civil²⁶.

Em razão do exposto, parece ser imprescindível para uma melhor compreensão que esta monografia elucide a diferença latente entre Estado social-democrático e o modelo de Estado oriundo do liberalismo. O Estado de bem estar-social (*welfare state*) tudo prevê. De mais a mais, também interfere na sociedade por meio das funções legislativa e administrativa. Portanto, para que *Wlfare State* ocorra de forma harmônica, faz-se necessário um aparelho administrativo complexo para atender aos valores advindos do Estado Constitucional, do Estado de bem-estar social²⁷.

Nesse diapasão, considera-se que a fase inicial do constitucionalismo moderno está fundamentada na proteção de direitos individuais perante o estado. A Constituição, com isso, apresenta-se como produto da ideologia liberal, a qual foi influenciada de maneira intensa pela filosofia de John Locke, que, de uma forma clara, colocou o Parlamento como protagonista. A função desse primeiro passo do constitucionalismo, sem a intenção de parecer repetitivo, foi garantir uma esfera de liberdade na qual o poder político do Estado não poderia interferir.

Com um olhar mais recente sobre o movimento constitucionalista, Luís Roberto Barroso²⁸ ensina sobre as recentes transformações sofridas pelo Estado no ocidente:

O Estado percorreu, ao longo do século XX, uma trajetória pendular. Começou *liberal*, com funções mínimas, em uma era de afirmação dos direitos políticos e individuais. Tornou-se *social* após o primeiro quarto, assumindo encargos na superação das desigualdades e promoção dos direitos sociais. Na virada do século, estava *neoliberal*, concentrando-se na atividade de regulação, abdicando da intervenção econômica direta, em um movimento de desjuridicização de determinadas conquistas sociais. E assim chegou ao novo século e ao novo milênio.

²⁶ NAKAHIRA, Ricardo. Eficácia Horizontal dos Direitos Sociais Prestacionais: educação e saúde. *Revista dos Tribunais Online*, São Paulo, v. 9, n. 11069, p.799-876, ago., 2015. Mensal.

²⁷ A fim de evitar um equívoco por parte do leitor, não se tenta aqui anular o império de um Estado Constitucional em países que gozam da ideologia liberal. De fato, o Estado Constitucional representa a origem de uma Lei Maior norteada por direitos fundamentais, os quais podem ser arguidos tanto por um País com ideologia liberal quanto por um de origem social. Desse modo, quando se confecciona uma oração em que se põe Estado Constitucional e o Estado do bem-estar social lado a lado, apenas se tenta apresentar um viés didático, facilitando a compreensão por aqueles da área jurídica, como também por pertencentes de áreas afins, os quais não portam tamanha familiaridade com a natureza jurídica dada aos institutos por profissionais do direito e pela doutrina. Em suma, o Estado Constitucional pode ser concretizado em ambos os modelos de Estado; no entanto, aqui se interessa pelos preceitos constitucionais à luz do Estado de bem-estar social.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 93.

À vista disso, faz-se preciso trazer à baila a natureza jurídica da Administração Pública. Segundo o magistério de Hely Lopes Meirelles²⁹, Administração Pública se consubstancia no sentido formal e material, sendo que o primeiro diz respeito à reunião de órgãos instituídos com o fim de executar os objetivos do Governo, enquanto o segundo é o conjunto das funções essenciais aos serviços públicos em geral. Evidencia-se, também, a concepção operacional, que, para ele, reside no desempenho infundável e orgânico, legal e profissional dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade.

Com amparo na doutrina de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁰ esclarece a origem da palavra administração:

Para uns, vem de ad (preposição) mais ministro, as, are (verbo), que significa servir, executar; para outros, vem de ad manus trahere, que envolve ideia de direção ou gestão. Nas duas hipóteses, há o sentido de relação de subordinação, de hierarquia. O mesmo autor demonstra que a palavra administrar significa não só prestar serviço, executá-lo, como, outrossim, dirigir, governar, exercer a vontade com o objetivo de obter um resultado útil; e que até, em sentido vulgar, administrar quer dizer traçar programa de ação e executá-lo.

Seabra Fagundes³¹ enxerga a problemática em distinguir administração pública da função jurisdicional. Para ele, o Poder Legislativo é oriundo da dissemelhança entre os fenômenos de formação do direito e da sua posterior consecução, razão pela qual não vê problemas maiores em aproximar a função legislativa da criação de leis, do direito objetivo em si. Por outro lado, em razão da administração e jurisdição estarem ladeadas pela atividade executória do direito fomentado pelo legislativo, faz-se fundamental destrinchar a interferência de cada uma delas nos fenômenos executivos.

Nesse passo, tem-se a Administração Pública como a esfera jurídica que mais sofreu modificações no que toca ao novo vínculo existente entre Estado e indivíduo. Com isso, a Administração Pública não pode ser encarada como algo inacabado, um inconveniente. Cada vez mais, mostra-se imprescindível para tornar as pretensões elaboradas pelo constituinte originário uma realidade. Assim, a categoria referenciada, aqui subordinada ao viés de Estado Constitucional, não pode

²⁹ MEIRELES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 66.

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 49.

³¹ FAGUNDES, M. Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 4.

ser visualizada como autoritária e intocável³².

Aliado ao sobredito, Breus³³ elucida uma recente discussão na seara administrativista no que se refere ao conceito de interesse público. Para uma parcela da doutrina especializada, a imprecisão conceitual tem amparo na natureza indeterminada da concepção, porque ora se aduz o referido valor – interesse público – como sendo o somatório dos interesses privados ou, dependendo da situação, como justificativa para o interesse da maioria. Porém, todas as tentativas de delimitá-lo se mostraram insuficientes para explorar o seu núcleo conceitual.

Como exemplo da tentativa de conceituar o interesse público, Celso Antônio Bandeira de Mello³⁴ defende que o instituto referenciado trata, deveras, da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, o qual não está arraigado somente à seara administrativista, mas, também, figura como um princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade organizada. Além disso, Bandeira de Mello defende que é a própria condição de sua existência. Por consequência deste cenário, a administração, na qualidade de representante do interesse público, tem a chance, nos termos da legislação, de ocasionar obrigações a terceiros mediante atos unilaterais.

Vladimir da Rocha França³⁵ defende um conceito mais restritivo de interesse público, visto que representa a necessidade de haver uma norma jurídica que o defina. Nessa linha, ele acrescenta que o interesse público deve ser entendido como um valor social que foi normatizado, dada a sua importância ante a sociedade, consubstanciando-se, por conseguinte, como imprescindível para a estabilidade das relações sociais. Por outro lado, o professor da graduação e pós-graduação da UFRN se dá por vencido ao atestar a insuficiência do enunciado normativo para efeitos de interesse público, razão pela qual a participação do profissional do direito na construção da norma deve ser contundente para tanto desde que a faça à luz dos pilares do direito positivo com o arrimo da realidade social.

Como exemplo de elementos fáticos que devem ser conjugados à norma

³² FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação Judicial da Discricionariedade Administrativa: no regime jurídico-administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 3.

³³ BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 108.

³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 99.

³⁵ FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação Judicial da Discricionariedade Administrativa: no regime jurídico-administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 48.

atinente ao interesse público, tem a pobreza como um fenômeno que possui várias vertentes, e que requer uma análise profunda do seu cenário. Para medir e aferir a concepção de pobreza, são utilizados indicadores de miserabilidade resultantes dos Índices de Desenvolvimento (IDH, IDF, IDF-M etc.). Como exemplo de experiência similar, tem-se o teste bem sucedido de levantamento de dados importantes para a Administração Pública, os quais são levantados anualmente pelo IBGE, consubstanciada como a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD)³⁶.

Há, ainda, tenso debate acerca do interesse público primário e secundário em sede doutrinária³⁷, uma vez que os dois protegem bens jurídicos distintos, como também causam consequências adversas. O interesse público primário consiste no que o Estado se propõe, e sintetiza os fins a serem perquiridos. Como exemplos dessas finalidades, têm-se a justiça, segurança e bem-estar social, haja vista serem interesses de toda a coletividade. O interesse público secundário, noutro giro, se coaduna com o pensamento de "sobrevivência" da pessoa jurídica de direito público, já que o interesse referenciado está relacionado com o erário, que é de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas³⁸.

Outra questão que não pode passar despercebida é a mudança de

³⁶ MARGRAF, Alencar Frederico; FERREIRA, Bruna V. L. Programa Bolsa Família: a distribuição de renda como garantia ao mínimo existencial. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, v. 961, n. 13361, p.105-126, nov., 2015. Mensal.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 94.

³⁸ A lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, mais conhecida como lei da improbidade administrativa, é um exemplo desta profunda subversão do Estado de Direito para o Constitucional. Para tanto, constata-se a ausência de obrigatoriedade da reprovação das contas pelo órgão auxiliar do Poder Legislativo como requisito para a propositura da ação cível referenciada. Portanto, remete-se o leitor ao começo da presente monografia, quando se trata da prevalência do Parlamento no Estado de Direito. Nesse caso, tanto o Ministério Público ou pessoa jurídica interessada poderão propor a ação de improbidade, mesmo que as contas tenham sido aprovadas pelo Tribunal de Contas da União ou pelo Tribunal de Contas do respectivo Estado, que, na ausência de um Tribunal para o município, também é responsável por julgar as contas relativas ao exercício do serviço público na circunscrição municipal. Aqui, logo, visa-se a proteger a consecução do interesse público pela administração - entendido como direitos fundamentais de segunda geração. Ainda de acordo com os elementos contidos na referida lei, o agente público em sentido estrito ou particular equiparado à função pública que por uma postura que lhe cause enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou afronta aos princípios constitucionais norteadores da administração pública, pode incorrer em sanção administrativa. Ao que parece, o bem jurídico protegido pela referida lei é o erário. Porém, também se entende que ela protege a prestação de um serviço público à luz dos princípios norteadores da administração pública, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade administrativista, publicidade e eficiência. Logo, qualquer conduta em dissonância com estes princípios afeta também o interesse público primário. Ademais, a afronta ao interesse secundário jamais será desimportante em virtude de ele estar relacionado com o primeiro. Mesmo que o leitor ainda entenda que uma ação de improbidade ajuizada pelo Ministério Público Federal ou Advocacia Geral da União, no âmbito federal, seja tão somente com o fim de defender interesse apenas do ente federativo afetado, chama-se a atenção para a seguinte indagação: caso não haja o devido ressarcimento ao erário, como o ente federativo poderá perseguir e executar o interesse público?

paradigma na Administração Pública, visto que o ideário de poder que prevalecia no Estado de Direito, hoje, de maneira mais adequada à luz da CFRB/88, tem a ideia de dever. Ao encontro deste raciocínio, Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁹ acena que o interesse público não pode ser averiguado somente pelo legislador na atividade legiferante, mas, também, em sua posterior execução a cargo da Administração Pública, pois a esfera pública em questão não mais ostenta o poder soberano, porém, o dever de atender à finalidade legal.

Bandeira de Mello⁴⁰ se mostra ainda mais incisivo quanto ao equívoco cometido pela Administração Pública e também por parte da doutrina especializada, pois, segundo ele, pôr como coadjuvante a noção de dever inerente à administração causa a permanência da ideia que vigorou por muito tempo em outrora, autoritarismo estatal.

Percebe-se, nesta monografia, a aspiração de aproximar a Administração Pública à concretização dos direitos fundamentais, sejam eles oriundos de qualquer geração. No primeiro tópico, verifica-se a conquista da liberdade de expressão como pedra de toque para a substituição de um Estado autoritário para o de Direito, razão pela qual houve a limitação do arbítrio do Estado mediante elaboração de leis prévias.

Numa forma de evolução, não se trata mais aqui tão somente desses direitos conquistados no período da Revolução Francesa de 1789, mas, sobretudo, de direitos sociais, os quais parecem representar com perfeição as metas constitucionais impostas à Administração Pública. Destarte, filia-se à corrente de pensamento que imbrica interesse público com direitos fundamentais.

Mas, quando se resolve imbricar interesse público e direito fundamental, deve se afastar da ideia de proteção por parte da Administração Pública no que concerne aos direitos fundamentais correlacionados tão somente aos grupos majoritários da sociedade, uma vez que a adoção dessa conduta, decerto, dá azo para cometimento de injustiças. Logo, quando se tenta, ao menos nesta monografia, relacionar interesse público do dever de concretização de direitos fundamentais de segunda geração pela Administração Pública, está, obviamente, respeitando-se direitos sociais atinentes aos grupos compreendidos com densidade social em

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 67.

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 46.

menor grau.

Assim, superando a questão supramencionada, a fim de exibir que não há consenso quando se trata de direitos fundamentais e sua aplicação mundo a fora, Denise Auad⁴¹ disserta:

As constituições da Europa não possuem o mesmo sentido daquelas que vigoram na América ou na África. A percepção de Constituição no Ocidente não é a mesma no Oriente. Nem sequer Estados que estão no mesmo continente possuem o mesmo perfil de Constitucionalismo. Ressalta-se, como referência emblemática, as novas Constituições que estão surgindo na América Latina, embasadas em pleitos nacionalistas e na inclusão de direitos de minorias, como, por exemplo, a questão indígena na Bolívia e defesa constitucional de recursos minerais estratégicos como petróleo e o gás na Venezuela. Poderíamos afirmar que existe total semelhança dessa vertente do constitucionalismo com o medo brasileiro?

A referida citação coaduna com o investigado nesta monografia, uma vez que, embora se reconheça a influência do movimento constitucionalista nos primeiros passos para uma modificação na estrutura estatal, o presente problema paira exatamente no âmbito nacionalista, no desafio da Administração Pública de ir além do que era exigido outrora. Para que o mencionado desafio venha a ser logrado com êxito, precisa a Administração Pública concretizar os direitos fundamentais, para, assim, cumprir com o papel concedido e regulamentado pela CFRB/88.

Além disso, não se pretende trabalhar doravante com a ideia de universalidade dos direitos, de concretização dos valores oriundos de tratados internacionais. Para esta monografia, o problema reside na crise que ultrapassa a Administração Pública em razão da sua ineficiência de regulamentar os direitos sociais, aqueles originados das normas constitucionais de eficácia limitada ou, para alguns de forma mais acertada, de normas programáticas previstas na CFRB/88.

À vista disso, para o presente trabalho, interessam os direitos fundamentais de segunda geração, que segundo Bonavides⁴²:

Os direitos da segunda geração merecem um exame mais amplo. Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social,

⁴¹ AUAD, Denise. A Perspectiva Dinâmica do Constitucionalismo. *Revista dos Tribunais Online*, São Paulo, v. 7, n. 10951, p.107-126, ago., 2015. Mensal.

⁴² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 564.

depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-lo da razão de ser que os ampara e estimula.

De acordo com pontos abordados neste capítulo, constata-se que a presente monografia preocupasse com a efetivação de direitos individuais provenientes da segunda dimensão de direitos fundamentais. Dessa forma, espera-se da Administração Pública uma espécie de postura proativa. A idealização dessa postura tem respaldo na obrigação da Administração Pública realizar prestações positivas, como saúde e educação de qualidade. No entanto, indaga-se: qual o parâmetro concedido pela ordem jurídica em vigor para se exigir tal comportamento dessa esfera jurídica (?).

3 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A despeito de a Constituição não ter força para realizar nada sozinha, ela pode ao menos impor tarefas para o Poder Público. Se houver o cumprimento dessas tarefas por parte da Administração Pública – objeto deste estudo –, a Constituição passa a ter aplicabilidade. Portanto, a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem presentes na consciência geral não apenas a vontade do poder, mas, principalmente, a vontade da Constituição⁴³.

Aliado ao sobredito, toda interpretação vinda dos termos constitucionais se ampara no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição, razão pela qual quaisquer atos inferiores a ela devam estar em estreita consonância. Como exemplo dessa força da Lei Fundamental, pesa o fenômeno da recepção, o qual se consubstancia em uma análise pelo viés material e formal de normas anteriores à nova ordem jurídica, a fim de se averiguar eventual compatibilidade. Se não houver a menor chance de harmonia da norma anterior com a nova Constituição, a regra jurídica promulgada sob o manto da Lei Maior do passado será tida como não recepcionada⁴⁴.

Dimoulis e Martins⁴⁵ conceituam direitos fundamentais, que, segundo eles, são:

Direitos Fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

⁴³ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 19.

⁴⁴ Apenas com o fito de exemplificar a força da CFRB/88 e do nacionalismo que impera no entendimento da maioria dos ministros da Suprema Corte brasileira, tem-se a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 153 proposta pela OAB com o objetivo de questionar a recepção da Lei 6.683/79 pela atual ordem jurídica, visto que estaria, em tese, afrontando preceito fundamental. Na fase do julgamento, entendeu o Supremo Tribunal Federal pela recepção da lei. O referido entendimento está de encontro com o que pensa a Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, haja vista que a corte internacional entende pela impossibilidade de anistiar crimes de lesam a humanidade. A despeito do julgamento não ser objeto de estudo da presente monografia, serve como exemplo para ilustrar a força da Constituição e a consistência de ferramentas para a sua defesa. Da decisão de mérito da ADPF, por exemplo, não cabe recurso, inexistindo a possibilidade de rediscutir a lei da anistia no âmbito nacional, tampouco no plano internacional.

⁴⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 40.

Há certa divisão realizada pela doutrina constitucionalista no que diz respeito aos direitos fundamentais, pois os colocam em direitos de defesa (negativo) e direitos sociais prestacionais (positivo). Em suma, a primeira categoria protege o indivíduo da interferência estatal, enquanto a última requer uma prestação do Estado para que a melhoria na qualidade de vida dos administrados seja melhorada mediante políticas públicas.

Em estreita sintonia com o sobredito, Sarlet⁴⁶ ensina que os direitos de defesa estão correlacionados com a proteção da liberdade e igualdade no plano abstrato, ao passo que os de cunho de prestação estão imbricados com a distribuição e redistribuição dos recursos de posse da Administração Pública, desde que eles sejam destinados aos que mais precisam, satisfazendo, portanto, ao mandado de otimização denominado de interesse público.

No entanto, há quem defenda a existência de uma exceção quando se trata de direito social com natureza de prestação ante a vedação ao retrocesso social. Para essa parte da doutrina, a não intervenção estatal, que é inerente ao direito de defesa, passa a ter importância quando um comportamento comissivo da Administração Pública põe em risco os direitos duramente conquistados outrora. Neste cenário, a proibição do retrocesso implica o impedimento de o Estado intervir em posições jurídicas conquistadas pelos titulares de direitos fundamentais⁴⁷.

No que pese à discussão ser saudável no ambiente acadêmico, filia-se a ideia de o direito social com natureza de prestação requerer uma atuação estatal, sendo indiferente, portanto, qualquer controvérsia no que diz respeito à existência dessa exceção, pois ela não configura como objeto central desta monografia. Mas, certamente, isso não impede de corroborar com o entendimento doutrinário que veda o retrocesso social.

3.1 A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS

Cumprе mencionar, inicialmente, grande divergência no que toca à classificação das normas constitucionais, tendo em vista que três correntes disputam espaço no cenário jurídico, quais sejam: normas autoaplicáveis e não autoaplicáveis,

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 280.

⁴⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 146.

com arrimo na tese de Ruy Barbosa, esquema de normas oriunda da teoria de José Afonso da Silva, a qual consiste em normas de eficácia plena, contida e limitada. Por fim, tem-se, também, recente discussão entre os constitucionalistas de que toda norma constitucional é de eficácia plena, podendo ser debatido, deveras, a sua aplicabilidade.

Como respaldo utilizado pelos defensores da última corrente, verifica-se que o art. 5º, §1º, da CFRB/88, reza o seguinte: "As normas definidoras dos direitos fundamentais têm aplicação imediata".

No que se refere à tese defendida pelo saudoso jurista potiguar, Ruy Barbosa, compreende-se que a norma autoaplicável estaria apta a produzir os seus efeitos independente de uma atuação ulterior do Poder Público, enquanto a não autoaplicável requereria uma ação comissiva do Poder Legislativo e da Administração Pública para causar as consequências jurídicas previstas em seu texto⁴⁸.

Como qualquer outra tese jurídica, o esquema de eficácia sobredito passou a ser criticado na medida em que os direitos fundamentais começaram ocupar espaço na seara constitucional, momento que teve como marco inicial o pós-segunda guerra mundial. Como é amplamente conhecida, a guerra devastou diversos países, razão pela qual requereu do Poder Público uma visão pragmática a fim de amenizar as consequências da guerra mediante programas governamentais.

Por curiosidade, embora a referida corrente ainda goze de certo prestígio na seara jurtrabalhista, extrai-se da obra do ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Maurício Godinho Delgado⁴⁹, crítica com um tom ácido direcionada à tese da eficácia de norma constitucionais formulada por Ruy Barbosa. Segundo o ministro, caso se opte por este entendimento, a impotência (leia-se ineficácia) de boa parte das normas constitucionais seria dada como certa.

- A mudança sofrida na classificação das normas constitucionais tem respaldo na teoria dos Direitos Fundamentais do Homem de José Afonso da Silva.

Segundo o renomado constitucionalista⁵⁰, a posição correta sobre esse assunto é a que se segue:

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 233.

⁴⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 182.

⁵⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 182.

A eficácia e aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito do seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do Direito Positivo. A constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Mas certo é que isso não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior para aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre fundamentais. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto os que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias da democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais.

Segundo ensinamento do abalizado Luís Roberto Barroso⁵¹, a tese supramencionada merece guarda ante a atual ordem jurídica. Para ele, a classificação, de fato, deve ser a tricotômica, assim defendida: a) normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata; b) normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata; c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

Neste momento, precisa-se de um pouco mais de atenção do leitor para o apontamento da problemática que começa a ganhar mais visibilidade. Conforme estudo no primeiro capítulo, a Administração Pública ultrapassa uma crise consistente na falta de concretização dos direitos fundamentais, os quais devem ser efetivados mediante programas à luz dos princípios constitucionais norteadores da atividade administrativista.

Portanto, como pode se vê na altura desta pesquisa, não se aduz mais sobre a limitação do arbítrio do Estado para com os indivíduos, uma vez que a limitação deste poder encontra-se assegurada pelas leis e consolidada desde o surgimento do Estado de Direito. Aqui, interessa-se pela concretização dos direitos fundamentais oriundos do Estado Constitucional, responsável por estipular metas a serem alcançadas pela Administração Pública.

No que tange ao contexto histórico suscitado anteriormente, neste trabalho, de forma breve, a Mestre pela Universidade Federal da Bahia, Ana Cristina Meireles⁵², elucida, como marco inicial, quanto à origem da norma programática, o

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 248.

⁵² MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 246.

advento do Estado Liberal em Estado Social e a consequente mudança das constituições posteriores a este evento. Por consequência, passa o Estado a intervir mais na seara social e econômica com o fim de satisfazer a necessidade dos indivíduos. Para ela, as normas programáticas são indissociáveis do Estado de bem-estar social. Aqui, também se advoga esta tese, razão pela qual remete o leitor ao tópico 2.2 da monografia.

Em sintonia com o defendido por Meireles, Lucas de Souza Lehfeld, em produção conjunta com Kerton Nascimento e Costa⁵³, esclarecem que tal intervenção faz surgir o Estado Social, sendo este conhecido por representar a segunda geração de direitos fundamentais. Mas não há uma substituição dos direitos de primeira geração, conhecimento como os de liberdade e civis. Deveras, há um complemento ao primeiro, que faz impulsionar ainda mais a cobrança por comportamentos pela Administração Pública para fomentar o desenvolvimento do mínimo existencial. Além disso, citam-se constituições fortemente influenciadas por esta evolução em sede de direitos fundamentais, como a Constituição Mexicana de 1917, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, na Rússia revolucionária, de 1918, e a Constituição de Weimar de 1919, que, segundo os pesquisadores referenciados, influenciou a Constituição Brasileira de 1934⁵⁴.

Nesse sentido, Afonso da Silva⁵⁵ elucida as razões que assistem verdadeira importância da norma programática: a Constituição vigente está repleta de normas de intenção, bem como são consubstanciadas nos valores dados pelo legislador originário. E por último, talvez a mais importante, apontam os fins e objetivos que devem ser perseguidos pelo Estado, pela Administração Pública.

⁵³ COSTA, Kerton Nascimento; COSTA, Lucas Nascimento e. A Intervenção do Poder Judiciário na Administração dos Recursos Destinados à Garantia do Direito Coletivo à Saúde: Ativismo ou Concretismo Judicial? *Revista dos Tribunais Online*, São Paulo, v. 85, n. 10957, p.31-53, out., 2013. Mensal.

⁵⁴ Busca-se fazer um registro e consequente ressalva: a proteção da liberdade de expressão não foi sucessiva se olharmos para as Constituições brasileiras, em razão de, no ano de 1937, durante a Era Vargas, a Constituição conhecida como polaca fazer diversas limitações no exercício da liberdade de opinião por parte da população. Além disso, tem-se como maior exemplo daquela época a vigilância sobre as práticas sindicais, quando as reuniões ocorriam sob a supervisão de um delegado do Ministério do Trabalho e Emprego, que por vez passava a termo o discutido pelos sindicalizados para que as informações fosse repassadas ao Estado. Tal exemplo vem para acrescentar, na monografia, que nem sempre, no Brasil, infelizmente, os direitos fundamentais de primeira e segunda geração estiverem em pleno exercício de forma conjunta. Com isso, alerta-se: a Constituição de 1937 de forma parecida com a de 1934 representou avanços no que toca aos direitos sociais, mas cerceou algumas formas de liberdade de expressão garantidas na constituição precedente, com a exceção da proteção dada à liberdade religiosa.

⁵⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 138.

Em contraposição ao entendimento de Afonso da Silva, Dimoulis e Martins⁵⁶ argumentam se tratar de um grande equívoco cometido por parte da doutrina ao se colocar direitos sociais e difusos ladeados por meras finalidades ou por viés programático. Para eles, o imediatismo das normas consiste na obrigação de o legislador regulamentar aquilo que o constituinte lhe incumbiu, como também por estar atrelada a exigência destinada à Administração Pública por uma conduta comissiva. Mas, caso ela se mantenha inerte, pode o representante do povo incorrer em crime de responsabilidade, ou, dependendo da situação fática, sofrer impeachment⁵⁷.

De forma um pouco semelhante ao entendimento sobredito, Arno Arnoldo Keller⁵⁸ atesta:

Estão superadas as opiniões doutrinárias divergentes acerca da espécie de normas que instituem os direitos sociais nas constituições dos Estados sociais. O constitucionalismo do Estado social evidenciou o entendimento da força normativa da Constituição, o valor dos princípios e da materialidade da Constituição. É a Constituição dirigente que supera a denominação de 'normas programáticas' ou 'normas compromissórias', traz um novo paradigma de interpretação dos textos constitucionais.

A despeito de nutrir muita estima às correntes que não aderem à natureza da norma programática, filia-se ao ideário da norma constitucional de eficácia limitada ou, de forma mais adequada para este trabalho, de norma programática. Conforme anteriormente aduzido, o constitucionalismo se desenvolve de forma única em cada continente ou país. Remete-se o leitor ao item 2.2 desta monografia, onde repousa esta temática. Por esta razão, compreende-se a relutância de Keller aceitar que ainda persiste tal discussão no ambiente jurídico, notadamente na seara constitucional.

À vista disso, pelo menos neste trabalho científico, assenta-se entendimento

⁵⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 92.

⁵⁷ Muito embora pareça dispensável o comentário a ser realizado em seguida, não se deve esquecer que qualquer produção científica é lida levando-se em consideração o tempo histórico em que foi confeccionada. Por esta razão, esclarece-se que trazer à baila o pensamento de Dimoulis e Martins nada tem a ver com a atual conjuntura do Estado brasileiro, em especial com a ameaça de impeachment ainda forte contra a presidenta da República, Dilma Rousseff. Como vocês podem constatar com a leitura atenta da presente monografia, não há qualquer ponto discutido em torno do procedimento de impedimento ou juízo de valor exercido sobre político "A" ou "B". Muito pelo contrário, tenta-se realizar um panorama mais fundamentado na tese que por ora se advoga, direito administrativo constitucionalizado. Desse modo, a pesquisa se afasta de qualquer polêmica no que tange à atual política brasileira.

⁵⁸ KELLER, Arno Arnoldo. **A exigibilidade dos direitos fundamentais sociais no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. p. 232.

de que a superação se deu sobre a teoria de Ruy Barbosa – normas autoaplicáveis e não autoaplicáveis –, não no que toca à tese de José Afonso da Silva. O fundamento utilizado pela doutrina moderna, conforme salientado anteriormente, reside num artigo da Constituição que apresenta dentre os seus termos a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Todavia, esta não parece ser a mais acertada, uma vez que acarretaria uma série de problemas, começando pela afronta ao princípio da separação dos poderes a um aumento ainda maior da judicialização de políticas públicas. Por essas razões, afirma-se o posicionamento de credenciar a crise da administração pública na ineficiência de concretizar as normas programáticas.

3.2 OS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E MORALIDADE ADMINISTRATIVA E A RELAÇÃO DELES COM A CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS

Conforme se percebe no decorrer da leitura desta monografia, existe uma análise linear sobre a crise na Administração Pública, sendo que os fatores são sucessivos e corroboram com a tese do direito administrativo constitucionalizado. Para chegar neste ponto do trabalho, foi preciso compreender a profunda mudança no modelo estatal, de Estado de Direito para Estado Constitucional, bem como evidenciar o pilar da crise referenciada, que vem a ser a não concretização de preceitos fundamentais contidos nas normas programáticas.

Assim, entende-se que o leitor está preparado para aprofundar o estudo nos fatos geradores dessa ineficácia das normas programáticas por parte da Administração Pública. Mas, antes de dissertar sobre essas causas, faz-se preciso esclarecer que a presente pesquisa não parte do método indutivo, ou seja, não partimos de nenhum caso concreto. Também inexistente a aplicação do método dedutivo, uma vez que não há discussão do problema para se compreender o caso concreto. Há, deveras, o uso do método hipotético-dedutivo. Dessa forma, a pesquisa se compromete com hipóteses para alcançar a convergência das hipóteses suscitadas ao longo do estudo.

Nessa perspectiva, tem-se a formulação da seguinte hipótese: seria a afronta ou até mesmo a inobservância dos princípios da eficiência e moralidade administrativa a causa de tanta insatisfação dos administrados com a administração pública (?). Para tanto, analisar-se-á a natureza jurídica dos princípios referenciados

e o seu impacto na atividade administrativa no que tocam às normas programáticas.

Para Hely Lopes Meireles⁵⁹, a Administração Pública é norteada por doze princípios, quais sejam: *legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público*. Acrescenta que os cinco primeiros estão previstos no art. 37, *caput*, da CRFB/88. Os demais se encontram amparados pela legislação infraconstitucional federal, que, embora dada a sua natureza federal, não sirva apenas para a União, mas para todos os entes federativos.

Como antedito, a pesquisa elegeu os princípios da eficiência e da moralidade administrativa como objetos de averiguação. Nesse passo, Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁰ entende o valor da moralidade administrativa como a soma de outros dois princípios, *lealdade* e *boa-fé*. Senão vejamos:

A Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando *ilicitude* que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de *pauta jurídica*, na conformidade do art. 37 da Constituição. Comprometem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da *lealdade* e *boa-fé*, tão oportunamente encarecidos pelo mestre espanhol Jesús Gonzales Perez em monografia preciosa. Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.

Todavia, parte da doutrina encontra certa dificuldade em conceituar o princípio da moralidade administrativa, haja vista que a moralidade no direito administrativo se distancia daquilo que se entende pela moral cristã, que, por sua vez, é fundamentada no bem e no mal. Logo, para a maioria dos cristãos, ou se tem pessoa boa ou má.

Outrossim, mesmo que se eleja licitude e honestidade como parâmetros para se constatar a moralidade administrativa, ainda há certo desconforto, levando-

⁵⁹ MEIRELES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 89.

⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 122.

se em consideração a pluralidade encontrada na sociedade atual⁶¹. Por essas razões, a ética kantiana é a que mais se coaduna com o direito administrativo constitucionalizado e também com a presente monografia. O pensamento de Kant se fundamenta no seguinte: "age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio"⁶².

Com base nas informações supramencionadas, remete-se o item 2.1 desta monografia ao leitor, quando foi tratado sobre as espécies de homens e os fins a serem perseguidos por eles. Para Pontes de Miranda, a espécie mais interessante é aquele que se interesse pelo seu tempo, por sua história e com causas que beneficiem a coletividade, deixando as preocupações da vida privada como coadjuvante.

Nesse diapasão, a Administração Pública deve ser composta por essa espécie de homem. Assim, caso os agentes públicos sigam a referida filosofia muito provavelmente será alcançado o respeito ao princípio da moralidade administrativa. Para tanto, se requer pessoas comprometidas com a *res pública*, assim, comportando-se à luz dos fins propostos pelo Estado Constitucional. Conforme dito anteriormente, a ideia de dever é inerente à atividade administrativista na atualidade, conforme salientado no item 2.1.

De mais a mais, também se tratou no item sobredito da diferença existente entre fim e meios, pois, enquanto o ideário de Estado Social representa e estipula fins a serem perquiridos, órgãos da administração servem como meios. Portanto, para não ocorrer afronta ao princípio da moralidade administrativa, deve a Administração Pública e aqueles que a compõem perseguirem a concretização de direitos fundamentais, aqui consubstanciados em normas programáticas⁶³.

⁶¹ GONÇALVES, Francisco Pablo Feitosa. Os Princípios Gerais da Administração Pública e o Neoconstitucionalismo: Até onde a adesão à doutrina alienígena é válida?. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, v. 7, n. 10985, p.663-683, ago., 2015. Mensal.

⁶² KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 59.

⁶³ Chama-se a atenção do leitor para a harmonização das hipóteses, posto que elas começam a se mostrarem como verdadeiras. Primeiro, pense: há condições de uma administração pública com respeito à moralidade administrativa sem homens que se importem com a coletividade? Ao que tudo indica, a resposta pode ser substituída pelo velho ditado, água e óleo não se misturam, agente público imoral e a concretização das normas programáticas também não. Ademais, perceba: aqui não se fala mais em Estado de Direito, mas no Estado Constitucional e os desafios postos à administração. Portanto, os princípios norteadores da atividade administrativa não têm ligação com o direito constitucional tão somente por estarem contidos na CRFB/88, mas, especialmente, por causar consequências práticas em caso de afronta ou até mesmo de inobservância. Com a devida

Superada a problemática atinente ao princípio da moralidade administrativa, analisar-se-á o da eficiência, que segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶⁴, ao pesquisar sobre o referido instituto, apresenta duas peculiares: a) a maneira de atuação do agente público, do qual se espera um comportamento semelhante ao verificado no setor privado, que é o desempenho na melhor medida possível objetivando os melhores resultados; b) enquanto a outra vertente repousa no modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também como o mesmo fim de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Para França⁶⁵, o regime jurídico da administração pública segue os passos da tendência do direito administrativo constitucionalizado, o qual tem como fundamento o abandono do autoritarismo de outrora. Se não fosse o suficiente, ainda se teria a participação dos administrados na formação da conduta administrativista. Com isso, a participação do administrado (leia-se titular de direito fundamental social) tem forte imbricação com o princípio da eficiência. Para ele, quem melhor senão o próprio destinatário do serviço para determinar se existe realmente a harmonia entre a atividade administrativista e o cânone constitucional da eficiência (?).

Aliado ao entendimento supracitado, tem-se o crescente debate no direito administrativo constitucionalizado, que consiste na democratização da administração, a qual se baseia em organizações populares com o fito de exercer influência na gestão da administração pública. Como referência da temática, tem-se a Constituição Espanhola de 1978, pois garantia a participação de todos os cidadãos na vida política, cultural, econômica e social⁶⁶.

Embora se respeite o princípio da eficiência a uma gestão democrática, aqui se filia à corrente tida como a tradicional, que exige um espírito de boa administração na *res publica*, bem como na concretização das normas programáticas. Mais uma vez, embora pareça repetitivo, chama-se a atenção para o Estado Constitucional retro aludido, responsável por permitir as exigências

vênia, preocupa-se com o grau de percepção do leitor, pois o responsável por escrever algo deve se preocupar, sim, com o entendimento e conclusões retiradas pelo interessado nesta monografia.

⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 49.

⁶⁵ FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação Judicial da Discricionariedade Administrativa: No Regime Jurídico-Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 88.

⁶⁶ Apesar de, no direito administrativo constitucionalizado, ser muito difícil ainda encontrar ferramentas que possibilitem a referida participação popular na gestão administrativa, percebe-se ao menos certo prestígio desse fenômeno no âmbito do direito urbanístico, o qual tem como princípio basilar a gestão democrática do Município.

referenciadas.

Na intenção de promover um bom encerramento deste capítulo, apresenta-se o resultado das hipóteses testadas na presente monografia. Para começar, indaga-se: qual forma de Estado respalda a atual crise da administração pública (?). Pelas premissas teóricas desenvolvidas no capítulo anterior, a resposta não pode ser diferente, Estado Constitucional.

Nessa perspectiva, ainda que se tenha analisado que o Estado Constitucional pode ocorrer tanto no liberal como num de cunho social, percebe-se que a reclamação dos administrados (leia-se titulares de direitos fundamentais) tem amparo no modelo social, uma vez que este, essencialmente, impõe uma intervenção estatal nos mais diversos setores, como economia, cultura e meio ambiente.

No que se refere ao parâmetro constitucional em sentido estrito, qual das classificações de normas constitucionais elencadas no item 3.1 deste capítulo proporciona essa indignação do indivíduo (?). Sem titubear, a norma programática é a que permite essa insatisfação social, posto que ela requer um comportamento comissivo da Administração Pública, isto é, um fazer estatal - embora, muitas vezes, tal postura não aconteça.

Por último, pergunta-se: quais são os fatores que acarretam, não raramente, essa inocorrência de concretização de direitos fundamentais por parte da Administração Pública (?). Ao que tudo indica, nesta monografia, pelo menos dois fatores foram extensamente desenvolvidos, quais sejam: ineficiência e imoralidade administrativa da Administração Pública, os quais dificultam a concretização de direitos fundamentais da segunda geração.

A despeito das hipóteses terem sido verificadas como verdadeiras, uma questão permanece latente, qual seja: indivíduos insatisfeitos com a Administração Pública buscam, em regra, o Judiciário a fim de concretizar o direito constitucional contido na norma programática. Com isso, questiona-se: a existência de um Estado Constitucional e de normas constitucionais aliada à situação de afronta aos princípios da moralidade administrativa e eficiência é o suficiente para amparar o ajuizamento individual de ações (?).

4 QUAL O FATOR DETERMINANTE PARA A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO?

Retomando a finalização do capítulo precedente, paira nesta monografia uma dúvida intrigante quanto à forma que se dá o ajuizamento de ações com o escopo de cobrar medidas prestacionais da Administração Pública. Aqui, chega-se ao capítulo de judicialização das políticas públicas, momento propício para se debruçar sobre a problemática por ora investigada.

Claudio Ari Melo⁶⁷ apresenta uma recapitulação do desenvolvimento do Estado Constitucional quando acentua a tensão acarretada pelo modelo estatal referenciado, tensão que transita num princípio sensível da modernidade, separação dos poderes. Com isso, conclui o referido autor que a melhor saída é o equilíbrio, uma forma de trazer à tona a harmonia que nos últimos tempos tem ficado no passado⁶⁸.

Mas, antes de adentrar na questão pela qual se interessa, cabe conceituar a política pública no plano do direito administrativo constitucionalizado, que segundo Nagibe Melo⁶⁹ se consubstancia em uma ação estatal com fim de materializar direito amparado pela ordem constitucional, sendo esta a primeira vertente. No que se refere à segunda, defende a existência de um programa governamental, devendo ser desenvolvido o referido programa à luz do enunciado que ampara o comportamento comissivo⁷⁰.

Na hipótese investigada, faz-se necessário realizar a seguinte ressalva: quando se fala na judicialização dos direitos fundamentais de segunda geração, denota-se, obviamente, que os meios adotados pela Administração Pública não

⁶⁷ MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 199.

⁶⁸ É preciso chamar a atenção do leitor para este ponto, que pode causar certa confusão a depender do grau de atenção com esta monografia. Recorde-se que foi ventilada a evolução de um Estado autoritário para de Direito, sendo que a evolução contínua permitiu um novo modelo, aqui denominado como Estado Constitucional. Portanto, quando se aduz que a harmonia não é tão consistente quanto no passado, tem-se como parâmetro o Estado de Direito, não o Constitucional, uma vez que este último é um dos fatores que inflamam a tensão discutida no parágrafo. Mais uma vez, alerta-se para uma mudança gradativa do modelo estatal, sendo esta considerada lenta.

⁶⁹ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas**: concretizando a democracia e os direitos fundamentais. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 52.

⁷⁰ Caso o leitor tente pesquisar o conceito de política pública na literatura interdisciplinar, como a de gestão de políticas públicas ou na de ciências sociais em sentido estrito, muito provavelmente será surpreendido com concepção semelhante ou distinta. Para você, muita calma, não há qualquer erro tanto no conceito dado nesta monografia como nas demais encontradas, uma vez que a ciência é exatamente isso, discordância de opiniões. Se não fosse assim, não seria intitulada de ciências humanas, mas ciências exatas.

foram suficientes para a concretização dos direitos anteditos. Assim, dada essa incapacidade da Administração Pública em atender o comando constitucional, ocorre um aumento significativo no ajuizamento de ações individuais com o fim de tornar factíveis esses direitos.

Neto prossegue apresentando os parâmetros para um controle jurisdicional desses direitos fundamentais que tragam harmonia aos poderes republicanos, quais sejam: o magistrado deve fazer uma reflexão a fim de concluir qual norma programática serve como respaldo para a pretensão do titular de direito fundamental. Exige-se isso do magistrado por se entender que ele não conhece a realidade da Administração Pública, motivo pelo qual deve escolher o meio menos oneroso aos cofres do ente federativo. Em razão disso, deve pautar seu comportamento com cautela nesses casos. Por fim, cabe uma análise sobre dois elementos ainda suscitados pelas partes dentro do processo, a reserva do possível pelo representante do ente federativo e o mínimo existencial pelo proponente da demanda judicial⁷¹.

Consoante deve ter sido percebido nesta monografia, parece que o início deste capítulo destoava do proposto ao fim do antecedente. De fato, a impressão está corretíssima, pois se tenta fazer com que se perceba o aduzido na introdução acerca da superficialidade da maioria dos trabalhos acadêmicos desta seara, que normalmente transitam tão somente nas consequências da não concretização dos direitos fundamentais de cunho social.

Nessa perspectiva, a discussão sobre a existência do conflito entre os três poderes e o consequente controle jurisdicional de direitos fundamentais oriundos de normas programáticas abordado de forma exaustiva pela doutrina especializada, parece saturada para muitos. Porém, aqui se defende que há, de fato, uma abordagem superficial sobre a problemática em questão, haja vista que não se visualiza o comprometimento de boa parte dos pesquisadores desta seara com as premissas teóricas que sustenta a temática investigada⁷².

Dessa forma, faz-se preciso lembrar o seguinte: aqui, persegue-se a

⁷¹ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas**: concretizando a democracia e os direitos fundamentais. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 52.

⁷² Espera-se que esta monografia não seja observada como um instrumento de crítica aos trabalhos alheios. Apenas se constata a superficialidade de diversos trabalhos sobre esta temática, que não busca desenvolver os fundamentos teóricos da problemática. Ademais, não se pretende nutrir qualquer sentimento de soberba ou algo semelhante, pois aqui se compromete com a humildade científica, de modo que se espera contribuir com a ciência sem desmerecer pesquisas similares.

constância da última das hipóteses secundárias desta monografia, dado os elementos fornecidos nos capítulos anteriores. Com isso, seria a interpretação da atual conjuntura constitucional o fator determinante para a judicialização do fazer estatal, perquirindo-se um programa oriundo da atividade administrativa ou até mesmo da eficiência em caso de já existente o serviço público?

Nesse passo, durante a abordagem do tema “interpretação constitucional” se faz necessário, ao mesmo tempo, trazer à baila a histórica decisão do caso de *Marbury v. Madison*, que para alguns é considerado como a responsável pelo constitucionalismo moderno, uma vez que a ideia de supremacia da ordem constitucional sobre a legislação infra se deu neste caso. Em razão disso, Marshal decidiu, de forma incisiva, que, em se tratando de coalisão da Lei Maior com uma norma infraconstitucional, deve sobressair-se a primeira, em virtude de ela representar a eficácia jurídica e política de toda a doutrina constitucional, bem como o próprio ideário de supremacia da Constituição. Se não fosse nesses termos, a teoria da *judicial review* consistiria numa tentativa qualquer de controlar o incontrolável⁷³.

Realizado o registro, Luís Roberto Barroso evidencia e critica o pensamento jurídico clássico, o qual se consubstancia em três pilares, quais sejam: o direito era fruto da razão, de uma justiça inerente à norma posta e que se dava por uma operação quase mecânica, sendo preciso tão somente a subsunção dos fatos à norma⁷⁴.

Como contraponto ao pensamento tradicional sobredito, defende-se que a interpretação da norma constitucional não ocorre mais sob os parâmetros supracitados, tendo em vista que a norma é ineficiente em prever a solução para o caso concreto. Acontece, deveras, a indicação de um início de solução, requerendo, portanto, um exercício de entendê-la enquanto integrante do sistema constitucional, aflorando, com isso, a força dos princípios sobre o caso concreto. Além disso, acrescenta-se a superação do modelo importado do positivismo científico, o qual busca a separação por completo entre o sujeito da interpretação e o objeto a ser interpretado. Se não bastasse a observação deste avanço na hermenêutica constitucional, Barroso observa a existência de uma constituição repleta de normas

⁷³ MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 205.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 343.

a serem interpretadas não apenas por juízes, mas, também, por cidadãos e órgãos⁷⁵ da Administração Pública⁷⁶.

No escopo de elucidar a questão, Peter Haberle⁷⁷ ensina sobre a interpretação corporativista da Constituição:

A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma 'sociedade fechada'. Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados

E prossegue ao evidenciar que, de fato, a interpretação constitucional deve ser, quando se põe a interpretação como mais um elemento a somar na sociedade, o fiel da balança entre o previsto na Constituição e a sua eficácia na sociedade. Para tanto, as potências públicas, participantes materiais no processo social, estão envolvidas no processo hermenêutico. Denota-se, com isso, a interpretação como sendo o elemento formador da coletividade⁷⁸.

Como uma forma de situar a temática sem parecer repetitivo, vale registrar o que culminou o surgimento da tese sobredita. Para a surpresa de poucos, o *Welfare State*, a introdução de direitos sociais com o viés genérico e indeterminado, bem como o amadurecimento de sistema de ações constitucionais, permitem o sucesso da teoria de Peter Haberle, intitulada "sociedade aberta dos intérpretes". Por essas razões, Carolina Scherer Bicca⁷⁹ denota pela politização do Judiciário.

Aliado a isso, Peter Haberle⁸⁰ ainda evidencia a condição de intérprete

⁷⁵ Chama-se a atenção do leitor para este ponto, de modo que o faça lembrar-se de um princípio trabalhado há pouco tempo nesta monografia, eficiência. Se órgãos componentes da administração pública figuram como pré-intérpretes da Constituição, não há mais o que se discutir da possibilidade de uma administração pública ou agente público ineficiente ante o ordenamento jurídico pátrio. Deveras, este parece ser o fundamento para se atestar eventual ineficiência. Veja: ela – administração pública – interpreta a norma, logo, possui ciência do seu dever em cumprir em concretizar o direito. Porém, se não a faz, incorre em ineficiência, inflamando eventual propositura de ação judicial.

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 345.

⁷⁷ HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 12.

⁷⁸ HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 13.

⁷⁹ BICCA, Carolina Scherer. Judicialização da Política e Ativismo Judicial. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, v. 7, n. 10963, p.1401-1418, ago. 2015. Mensal.

⁸⁰ HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 15.

daquele que vivencia a norma constitucional, aqui interessado por ora pela norma programática:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição em que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da Constituição.

Em face do exposto, apresentam-se elementos suficientes para testar mais um hipótese, a saber: a interpretação da ordem jurídica como fator determinante para o ajuizamento de ações com o fim de concretizar normas programáticas. Cumpre mencionar, inicialmente, que se testa o peso do intérprete em sentido estrito ante a crise perpassada pela Administração Pública. Logo, constata-se como inconsistente a causa em razão da seguinte observação: apesar do juiz ter a última palavra, não se pode ter como relevante para a busca da concretização dos direitos referenciados somente esta a característica do Estado Constitucional, Poder Judiciário com condições de efetivar normas programáticas.

Com a devida vênia, remete-se ao leitor ao discutido de forma exaustiva no item 2.1 do primeiro capítulo desta monografia, quando se debruçou sobre a problemática da liberdade e a ideia de fins. Conforme visto anteriormente, acolhe-se a tese de Pontes de Miranda no que toca à espécie de homem muito comum em nações ocidentais, cuja preocupação consiste na concretização dos direitos fundamentais atinentes à coletividade. Corroborando com isso, a liberdade permite que este tipo de ser persiga *fins*, que por agora se entende como a concretização dos direitos sociais com cunho de prestação.

Nesse passo, a fim de trazer um pouco de didática, supõe-se que João acredita ser titular do direito à saúde, sendo que ouviu tal fato do Jornal Global no canal 10 (dez). Para alguns, o acesso à informação é suficiente para que João busque o Poder Judiciário para reclamar o fornecimento de medicamento caríssimo ao Estado. Todavia, esta conclusão não parece a mais adequada posto que João encontra-se na condição de pré-intérprete da norma constitucional, pois ele vivencia a realidade consistente pela busca por melhorias na saúde pública.

Além disso, com embasamento na tese de Hans Kelsen sobre influência mútua, João aborda Maria e desabafa sobre a situação de descaso do Estado com o

fornecimento de medicamentos. Maria, por sua vez, compreende que também tem o mesmo direito, e afirma para João que pretende ingressar contra o ente federativo requerendo o mesmo pleito⁸¹.

Em razão de todo o desenvolvido, faz-se necessário harmonizar todas as hipóteses testadas ao longo desta monografia. João, felizmente, tem a liberdade de opinião para contestar a atuação do Estado, notadamente o comportamento da Administração Pública. Para tanto, tem-se a liberdade protegida por uma cadeira de regras e princípios que possibilitam o seu efetivo exercício por parte dos indivíduos, dos insatisfeitos.

Superada essa questão, como respaldo jurídico da pretensão de João, constata-se a existência de uma norma constitucional com cunho social que impõe o dever da administração pública em concretizar aquele direito. Ela – Administração Pública, por sua vez, não mais possui ao seu lado o conceito de interesse público em sentido amplo, mas, deveras, está ladeada pelo ideário de dever de concretização das normas constitucionais de eficácia limitada mediante programas. Todavia, permanecendo essa esfera jurídica inerte, indaga-se: qual o respaldo para a não existência do comportamento comissivo?

Nessa perspectiva, percebe-se que a inocorrência da referida concretização dos direitos sociais podem ocorrer em razão de eventual afronta a dois princípios norteadores da função administrativa, quais sejam: eficiência e moralidade administrativa. Com isso, resta como fundamentado o elo entre a norma programática e a situação fática que lhe proporciona suporte, de modo que enseja a insatisfação dos titulares de direitos fundamentais.

Por outro lado, questiona-se pelo seguinte: tais elementos são suficientes para ensejar a propositura de ações em face da Administração Pública no Poder Judiciários (?). Decerto, não.

Nessa senda, corrobora-se com a tese de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sendo este o fator determinante para a judicialização dos direitos fundamentais de segunda

⁸¹ Embora pareça um comentário dispensável, entende-se que o compromisso deste trabalho é fomentar o raciocínio jurídico. Assim sendo, nada adianta jogar argumentos de autoridade sem ao menos testá-los, para verificar a consistência da hipótese. Além disso, segue-se a teoria do educador popular Paulo Freire, que defende um aprofundamento e problematização das hipóteses para se chegar numa conclusão. E o exemplo apresentado, apesar de não ser muito sofisticado, consiste na fórmula de trazer mais facilidade ao entendimento do leitor, o qual necessita de um viés mais prático para entender a harmonização das hipóteses e a dedução de uma solução.

geração. Destarte, constata-se que os titulares de direitos fundamentais, de fato, são pré-interpretres das normas programáticas, não porque as leem, mas porquanto vivenciam o valor contido na norma no seu dia-dia.

4.1 RESPALDOS PARA O CONTROLE JURISDICIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE CUNHO SOCIAL

A concretização de direitos fundamentais se tornou alvo de interesse científico há pouco tempo, de modo que existe pouca literatura jurídica acerca do assunto. Esta situação se dá por ter prevalecido por muito tempo o ideário de interesse público, sem fazer, contudo, uma relação do interesse público com a concretização de direitos fundamentais de segunda geração⁸².

O ativismo judicial é uma temática que vem sendo discutida na medida em que o Estado Constitucional passa a ter uma maior influência na dinâmica dos poderes republicanos, especialmente no que diz respeito à função administrativa. Segundo a ala da doutrina que defende o referido fenômeno, pesa a expectativa tradicional que a sociedade tem do magistrado, que é a de interpretar a legislação para produzir uma norma jurídica individualizada. Como contraponto ao ativismo judicial, tem aqueles que defendem que há, deveras, uma verdadeira afronta à divisão do poder uno estatal⁸³.

Aliado ao sobredito percebe-se que a Constituição Federal de 1988 promoveu profunda mudança no que diz respeito à relação do indivíduo com o Poder Judiciário. Para tanto, extrai-se a garantia de uma defensoria pública para a assistência daqueles que não podem prover com um advogado particular, como também estrutura do fiscal da ordem jurídica, Ministério Público. Quanto aos instrumentos, tem-se um sistema consolidado de ações e remédios constitucionais para auxiliar na concretização dos direitos fundamentais apresentados por ela, como é o caso do Mandado de Injunção.

Para parcela da doutrina constitucional, o mandado de injunção foi e permanece sendo como um dos mais polêmicos institutos oriundos da Constituição

⁸² MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 199.

⁸³ FARIAS, Rachel Nunes de Carvalho Farias O Ativismo Judicial e a Ingerência do Poder Judiciário na Escolha de Políticas Públicas. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, v. 7, n. 1067, p.1531-1556, ago. 2015. Mensal.

em vigor, cuja discordância reside, sobretudo, nos efeitos da respectiva decisão⁸⁴. Mas, ainda no plano dos pressupostos existência do referido remédio constitucional, tem a falta de uma norma regulamentadora de um preceito constitucional, bem como a inviabilidade do exercício de um direito ou liberdade constitucional. Todavia, caso haja norma regulamentadora do direito previsto na Constituição, ainda que defeituosa, não cabe à impetração do mandado de injunção.

No que se refere à atuação do Poder Judiciário na atual conjuntura, Fabiana Rodrigues Silveira⁸⁵ elucida:

As mudanças significativas ocorridas no seio social alteram institutos e instituições. São Exemplos nítidos disso o reconhecimento da união estável e a possibilidade de guarda compartilhada dos filhos, institutos jurídicos que emergiram de novos modelos comportamentais, bem como o surgimento dos juizados especiais, resposta institucional às novas exigências da sociedade perante o judiciário.

A presente monografia se compromete em delimitar todas as problemáticas suscitadas, seguindo, portanto, um raciocínio lógico. Para fazer com que esse texto seja, de fato, dinâmico, se faz necessário recapitular algumas hipóteses que foram tidas como verdadeiras. Inicialmente houve o surgimento do Estado Constitucional, uma espécie de evolução do Estado de Direito. Depois de superada essa questão, denotou-se pela existência de normas programáticas como um dos pontos que sustentam a atual crise na administração pública.

Nessa perspectiva, a norma programática fundamenta a referida crise em razão da afronta cometida pela administração pública e pelos agentes públicos aos princípios da eficiência e da moralidade administrativa. Por outro lado, não parecia ainda como suficiente para conhecer com profundidade a problemática, razão pela qual se concluiu que a existência de uma sociedade aberta dos intérpretes da constituição como sendo o fator determinante para a insatisfação dos administrados com a Administração Pública, vez que eles vivenciam a norma e a compreendem, de

⁸⁴ Há duas posições sobre este assunto, uma corrente não concretista, que por sua vez reconhece a inércia do Poder Público e dar ciência da sua decisão ao órgão competente, para que este edite a norma faltante. A referida corrente tem amparo justamente no princípio da separação dos poderes. Por outro lado, a posição concretista, sempre que presentes os requisitos constitucionais exigidos para o Mandado de Injunção. Neste caminho, o Poder Judiciário deverá reconhecer a existência da omissão legislativa ou administrativa e implementar (concretizar) o exercício do direito, até que seja editada a regulamentação competente. Em sede do Supremo Tribunal Federal, persisti a última corrente, vez que a primeira perdeu aplicabilidade em meados do ano 2007.

⁸⁵ SILVEIRA, Fabiana Rodrigues. **A Morosidade no Poder Judiciário e seus Reflexos Econômicos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. p. 36.

modo que exigem a sua concretização por parte da esfera pública em comento.

Como se se percebe, o fundamento da crise vivenciada pela Administração Pública restou muito claro nesta monografia, de maneira que se pode avançar para a judicialização das normas programáticas, aqui entendidas como direitos fundamentais de segunda geração. Portanto, apega-se ao Mandado de Injunção como um dos instrumentos disponíveis para a concretização em questão. Aliado a isso, pretende-se discutir o principal argumento de ambos os lados em sede de eventual impetração de Mandado de Injunção, ou seja, da administração pública e do titular de direito fundamental demandante. Porém, ressalva-se o seguinte: aqui não se pretende fazer análise jurisprudencial, apenas elege-se o Mandado de Injunção dada a sua natureza e a consistência perante a problemática por ora investigada, além de obedecer o método científico acolhido para o presente trabalho.

Em estreita sintonia com o supracitado, Elival da Silva Ramos⁸⁶ defende a denominação ativismo judicial:

Não há, pois, necessariamente, um sentido negativo na expressão "ativismo", com alusão a uma certa prática de jurisdição. Ao contrário, invariavelmente o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao "passivismo", que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou de precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados.

Com as premissas teóricas sobre o a judicialização dos direitos fundamentais de segunda geração, analisar-se-á os dois argumentos, quais sejam: reserva do possível e o do mínimo existencial.

O ideário de reserva do possível apareceu, pela primeira vez, em uma decisão oriunda do Tribunal Constitucional Federal alemão, de 18 de julho de 1972. O conflito repousava na constitucionalidade da limitação do número de vagas destinadas aos calouros provenientes do ensino médio que pretendiam ingressar no curso de medicina da Universidade de Hamburgo e Munique contra ao direito respaldado mesma Constituição que garantia a livre escolha dos jovens optarem pela universidade em local de sua conveniência. Quando a decisão, a Corte assentou entendimento que o direito da coletividade, ao menos no caso concreto, não podia ser afrontado pelo desejo do pretendido pelo indivíduo. Portanto, surge

⁸⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 110.

daí a concepção de que o direito fundamental individual deve ser racionalmente restringidos perante a possibilidade da coletividade⁸⁷.

Segundo o ensinamento do abalizado Sarlet⁸⁸, quanto aos direitos sociais com natureza de prestação social, seu custo assume especial importância no plano da sua concretização pela administração pública. Para ele, significativa parte da doutrina segue esse posicionamento, haja vista que a possibilidade de prestação, pela via do judiciário, do direito fundamental referenciado está imbricada com a análise econômica da satisfação imposta ao poder público, em razão da distribuição, redistribuição e criação de bens materiais essenciais à vida digna.

Em pensamento semelhante, Dimoulis e Martins⁸⁹ apresentam a seguinte concepção sobre a reserva do possível:

Em relação à aplicabilidade dos direitos fundamentais, parte da doutrina nacional invoca, como salientado, a construção dogmática da *reserva do possível*. Essa construção é utilizada como critério para limitar os deveres estatais de prestação, principalmente os relacionados aos direitos sociais, pelo STF e outros tribunais.

Para eles, o intérprete não pode se preocupar com a figura da reserva do possível, mas com a determinação rigorosa do âmbito de proteção de cada direito. Para tanto, o questionamento imprescindível a ser realizado é: o que exatamente garante a Constituição ao titular de certo direito fundamental com natureza de prestação? Essa indagação obrigatória, segundo os renomados autores, está estritamente relacionada com a baixa densidade normativa dos direitos sociais que atribuem ao legislador infraconstitucional um amplo poder de concretização⁹⁰.

Em outra vertente, fala-se no princípio da previsão orçamentária como respaldo da reserva do possível, visto que tal elemento deve ser obrigatoriamente levado em consideração para auferir a capacidade financeira da administração pública omissa ou ineficiente no que toca a efetivação das normas programáticas. Em razão disso, denota-se pela irresponsabilidade do judiciário ao ordenar de forma indiscriminada a efetivação de um direito em sede de Mandado de Injunção. Porém,

⁸⁷ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas**: concretizando a democracia e os direitos fundamentais. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 148.

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 281.

⁸⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 93.

⁹⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 96.

numa tentativa de trazer equilíbrio para a decisão judicial, recomenda-se a retirada de recursos financeiros de uma área não tão essencial à subsistência humana⁹¹.

Em consonância com o sobredito, Dirley da Cunha Júnior⁹², a fim de propor uma resolução para o enfrentamento da reserva do possível em juízo, não aceita o argumento da reserva do possível por vislumbrar a possibilidade de retirada de recursos de outros setores não tão afetos à manutenção da vida digna, sendo requerido apenas o planejamento por parte da Administração Pública, demonstrando-se o respeito ao princípio da eficiência, da boa administração dos recursos.

Em razão da prática forense, percebe-se que o referido argumento é apresentado pela Administração Pública de forma constante a fim de se esquivar da concretização dos direitos sociais. Mas tal fato é suscitado pela esfera jurídica referenciada não apenas como meio de defesa, mas porque tem a qualidade de pré-interpretar a Constituição Federal de 1988. Para tanto, chama a atenção do leitor aos comentários anteriores, quando se concluiu que o Poder Público também é portado de tal condição.

Além disso, aponta-se para o seguinte detalhe: também se enfrentou os esquemas de interpretação clássico e moderno, de modo que a pré-compreensão exercida pelo intérprete da norma tem ganhado força na última corrente. Nessa senda, investiga-se por qual razão a Administração Pública suscita a reserva do possível. Indubitavelmente, o argumento em referência está correlacionado com a capacidade financeira de a administração arcar com o custo da concretização do direito fundamental. Ela, somente ela, conhece com profundidade a realidade financeira, de maneira que busca proteger o direito a coletividade.

Quanto ao mínimo existencial, o Ministro Celso de Melo esclarece que há uma estreita relação entre o referido argumento com a reservada do possível. Sendo preciso, com isso, analisar a limitação financeira da administração pública apenas quando se constatar que o mínimo existencial foi atingido seja pelo viés individual ou coletivo. Portanto, não ocorrendo segurança mínima de subsistência do indivíduo ou

⁹¹ FARIAS, Rachel Nunes de Carvalho Farias O Ativismo Judicial e a Ingerência do Poder Judiciário na Escolha de Políticas Públicas. *Revista dos Tribunais Online*, São Paulo, v. 7, n. 1067, p.1531-1556, 1 ago. 2015. Mensal.

⁹² CUNHA JÚNIOR, 2004 *apud* MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. Salvador: Juspodivm, 2008.

grupo, deve a reserva do possível ser afastada do caso concreto⁹³.

No que se refere ao contexto histórico do mínimo existencial, percebe-se que ele cresceu na medida da influência exercida pela igreja católica na sociedade, dos movimentos operários e do crescimento do socialismo no mundo, características estas do século XX com o escopo de concretizar os direitos fundamentais de segunda geração. Por outro lado, observa-se que o surgimento do ideário de mínimo em sentido estrito surge, de fato, com as revoluções francesas e americanas, que naquela época tentavam garantir o mínimo dos direitos de primeira dimensão, compreendidos estes como os civis e de liberdade de expressão⁹⁴.

Mas ainda é insuficiente para a conceituação do mínimo existencial, razão pela qual se faz necessário trazer os ensinamentos do abalizado Nagibe de Melo⁹⁵:

O mínimo existencial apresenta-se muito mais como uma ideia conceitual ou um *topos* argumentativo que como uma regra concreta que assegure a intervenção do Poder Judiciário e a adequada efetivação determinadas políticas públicas. Por mais esforço que se faça, por mais próximo que se chegue, é impossível listar, de modo convincente, um conjunto de prestações materiais mínimas que o Estado estaria obrigado face ao cidadão por imposição do princípio da dignidade da pessoa humanada e do mínimo existencial.

Mas, para uma parcela da doutrina especializada, o direito à saúde deve ser visto à luz da sua importância, de modo que ele seja garantido pelo Estado em sua integralidade, sem fazer qualquer restrição. Para esta ala, deverão ser desenvolvidas medidas preventivas no que tange a estabilização de índices satisfatórios de saúde pública. Porém, caso a doença já tenha sido instalada, medidas curativas devem tomadas de maneira imediata pela Administração Pública⁹⁶.

Em estreia consonância, Ana Carolina Lopes Olsen⁹⁷ enfatiza o suposto equívoco cometido por boa parte da doutrina constitucionalista:

⁹³ ARRUDA NETO, Pedro Thomé de. **Direito das Políticas Públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 79.

⁹⁴ SANTOS, Kátia Cristine; COSTA, Jamille Coutinho. Direito à Saúde: Da (in)efetividade das políticas públicas à sua judicialização como forma de garantir o mínimo existencial. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, v. 7, n. 10956, p.1247-1268, ago. 2015. Mensal.

⁹⁵ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 154.

⁹⁶ SANTOS, Kátia Cristine; COSTA, Jamille Coutinho. Direito à saúde: Da (in)efetividade das políticas públicas à sua judicialização como forma de garantir o mínimo existencial. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, v. 7, n. 10956, p.1247-1268, ago. 2015. Mensal.

⁹⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 311.

Os direitos fundamentais sociais decorrem da busca do atendimento das necessidades humanas, eles correspondem a imperativos da dignidade, e deveriam ser satisfeitos independente da provisão do mercado. Todavia, como observou Ana Paula de Barcellos em estudo específico sobre o tema, a positivação desses direitos em cartas constitucionais não foi suficiente para garantir sua exigibilidade. De fato, como foi demonstrado, ainda existem doutrinadores que negam a possibilidade de exigir diretamente em juízo a realização do objeto constitucionalmente previstos nestas normas jusfundamentais seja em virtude de seu caráter aberto, carente de concretização (que bem poderia ser realizada pelo próprio Judiciário), seja em virtude da concepção (hoje já demonstrada equivocada) de que particularmente estes direitos dependeriam de provisão econômica, e, portanto, não poderiam ser realizados sem a necessária intermediação do legislador, democraticamente eleito.

De forma um pouco mais moderada, Ricardo Lobo Torres⁹⁸, em sede de obra dedicada ao estudo do mínimo existencial, esclarece que o direito em questão não tem dicção própria, porém, a nossa Constituição, limita a estabelecer os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, como “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

E prossegue na sua defesa⁹⁹, quando aduz que o referido núcleo essencial do direito está submisso aos limites fáticos, sobretudo de ordem financeira. Além disso, apresenta os limites fáticos em sua tripla configuração, que vem a ser: o mínimo do mínimo em seu status *negativus*; mínimo do mínimo em sua qualificação *satatus positivus libertatis*; e, como máximo do mínimo, aberto para políticas públicas. Para ele, as políticas públicas, inclusive aquelas sob *judice*, devem garantir o máximo do mínimo existencial.

Nesta monografia pode se filiar a uma corrente mista, deixando de prestigiar na sua integridade as teses aludidas, vez que se vê como complementares as duas correntes de pensamento. No início deste tópico foi dito que se investigariam os dois principais argumentos pelos envolvidos no processo judicial que se busca discutir concretização de direitos fundamentais de segunda geração, quais sejam: mínimo existencial e reserva do possível. Desse modo, encaram-se ambos com viés argumentativo, sendo que são argumentos oriundos da vivência da norma programática, seja em razão de qualquer norma que reclame ação comissiva da Administração Pública por quaisquer direitos fundamentais oriundos das normas constitucionais de eficácia limitada.

Ou seja, embora não exista uma regra constitucional explícita que trate da

⁹⁸ LOBO, Ricardo Torres. *O Direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 8.

⁹⁹ LOBO, Ricardo Torres. *O Direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 8.

reserva do possível e do mínimo existencial, denota-se que as duas possuem respaldo na Constituição, seja pela ótica do princípio da previsão orçamento ou da dignidade da pessoa humana em se tratando do mínimo existencial. Em suma, adota-se um posicionamento misto quanto à discordância suscitada.

No plano da jurisdição se reconhece o prestígio que goza o mínimo existencial na concretização das normas programáticas - fomentando o papel de instituições como o Ministério Público e Defensoria Pública. Neste caso, defende-se que o magistrado ao decidir deve observar a regra da proporcionalidade como ponto de equilíbrio. Para tanto, a conduta do julgador deve ser pautada nos seguintes critérios: necessidade, adequação e ponderação¹⁰⁰.

Apesar de o ativismo judicial não ser objeto de análise desta monografia, faz-se preciso evidenciar o ponto de equilíbrio a fim de harmonizar com o defendido anteriormente. Veja: a regra da proporcionalidade é uma técnica capaz de trazer racionalidade à decisão. Destarte, consideram-se no curso do processo os parâmetros correlacionados com os fatos - neste caso no que toca ao mínimo existencial e a reserva do possível - e, obviamente, também com os argumentos jurídicos.

Embora seja um pouco complicado compreender a tese da sociedade aberta dos interpretes da Constituição, constata-se esta teoria como verdadeiro fundamento para a judicialização dos direitos supramencionados, para a discussão da insatisfação do titular de direito fundamental para com a Administração Pública.

De mais a mais, esta monografia representa um intenso raciocínio de hipóteses, sendo que algumas acabam não permanecendo em razão da ausência de constância.

Por fim, atrelam-se todas as hipóteses sucessivas desde o primeiro capítulo. Ora, nada do que foi abordado neste capítulo em especial seria possível sem a liberdade concedida sob o manto do Estado de Direito. Assim, denota-se para uma contínua evolução do Estado, do próprio direito, das relações jurídicas que sempre estão se renovando à luz de novos parâmetros, de novas normas constitucionais e da própria hermenêutica.

¹⁰⁰ COSTA, Kerton Nascimento; COSTA, Lucas Nascimento e. A Intervenção do Poder Judiciário na Administração dos Recursos Destinados à Garantia do Direito Coletivo à Saúde: Ativismo ou Concretismo Judicial?. *Revista dos Tribunais Online*, São Paulo, v. 85, n. 10957, p.31-53, out., 2013. Mensal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim desta monografia, acredita-se ter alcançado seus objetivos, sobretudo um que era tido como implícito, não ter a problemática confundida com o ativismo judicial. Com isso, denota-se pelo êxito em ter debatido de forma precisa, sem ter restado como cansativo, os fundamentos teóricos que proporcionam sustento à crise na Administração Pública.

Nessa perspectiva, percebe-se que os fundamentos do Estado de Direito no primeiro capítulo foram bem artigos, os quais evidenciam a evolução do modelo referenciado para o Estado Constitucional.

Nesse íterim, constata-se, também, a mudança de comportamento da Administração Pública. Em outrora, predominava a ideia de poder no direito administrativo, subsistindo apenas a limitação deste poder em prol dos direitos civis e da liberdade de expressão, motivo pela se falava à época em interesse público, não em direitos de prestação social.

Ainda quanto ao interesse público, considera-se que há uma espécie de substituição do termo por direito fundamental no sentido amplo, persistindo aquela dicotomia adequada para distinguir interesse público primário do secundário, que serve precipuamente para exibir a distinção do que é interesse da pessoa jurídica de direito público interno para aquele atrelado a coletividade. Desse modo, pode-se dizer que a administração não pode mais falar em interesse público quando, na verdade, deve falar em concretização direito fundamental oriundo de norma programática.

Tem-se, portanto, a primeira hipótese principal como verdadeira, em razão de tão somente o Estado Constitucional proporcionar a referida crise na Administração Pública.

No segundo capítulo pautou-se na força normativa da Constituição, bem como qual o pilar material da crise em questão, sendo esta uma hipótese secundária. Primeiro se tem uma discussão doutrinária acerca da classificação das normas constitucionais, motivo pelo qual se filia à corrente que aduz pela norma programática, a qual reconhece que não tem eficácia imediata e, portanto, requerer comportamento comissivo da Administração Pública para produzir as consequências previstas, de modo que a hipótese secundária em referência se mostra como verdadeira.

No que se refere ao aspecto material, percebe-se que a decisão de delimitar a crise a dois princípios da administração pública foi bem sucedida, de maneira que apenas com comportamento imoral e ineficiente da Administração Pública e de seus agentes pode incentivar a insatisfação dos titulares de direitos fundamentais.

Além disso, em sede de nota de rodapé confeccionada nesta monografia, se verifica mais um aparo ao Estado Constitucional, lei de improbidade administrativa. A referida regra promulgada no ano de 1992 tem o respaldo da nova ordem constitucional, a qual permite a possibilidade de sanção administrativa àqueles que são pegos em posturas destoantes dos princípios da administração pública, por enriquecimento ilícito, ou, também, em situações que causem prejuízo ao erário.

Quanto ao terceiro capítulo, verifica-se intensa harmonização de todas as hipóteses desenvolvidas e testadas ao longo desta investigação, quais sejam: modelo estatal para respaldar a crise na administração, parâmetros constitucionais em sentido estrito e matérias e a causa da judicialização dos direitos fundamentais, ou melhor, da não concretização de direitos fundamentais de segunda geração.

A primeira certeza é: embora a liberdade de opinião seja imprescindível em qualquer modelo de Estado, mostrou-se que ela não é o fundamento específico da crise referenciada. Noutra banda, repousa como um dos fomentos para a concretização dos direitos fundamentais.

A segunda certeza se consubstancia no seguinte: a Constituição não tem vida própria, ela precisa de alguém que lhe dê vida, que a faça ser cumprida. E, certamente, a Administração Pública tem responsabilidade em cumprir no que lhe cabe. Do contrário, a Constituição passa a não ter eficácia, passa a ser, portanto, apenas uma carta de boas intenções. Ao que toca a força normativa da Constituição, denota-se que as normas programáticas não possuem eficácia imediata, mas devem ter o seu cumprimento exigido.

A terceira certeza consiste no que segue: não satisfaz a problemática a tentativa de muitos, diga-se de passagem, de pôr tão somente a liberdade de expressão e a exigibilidade de direitos fundamentais como fundamentos da crise na Administração Pública.

Destarte, a fim de averiguar outra conclusão, comprovou-se a tese da sociedade aberta dos interpretes da Constituição como fundamento mor da crise supracitada, de modo que enterra uma falácia, qual seja: o acesso à justiça se dá pelo contato com as informações. Essa é uma visão simplista, sem se preocupar

com a profundidade teórica que o tema requer.

Conforme tratado no último capítulo, a ideia de um corporativismo da interpretação constitucional se mostra ultrapassada, sem condições de permanecer na seara dos direitos fundamentais afetos à função administrativa. Como respaldo, acrescentou-se opinião de um ministro da Suprema Corte, Luís Roberto Barroso. Para ele, a pré-compreensão deve ser estendida aos cidadãos e, também, aos órgãos e agentes componentes da Administração Pública.

Exemplificou-se, sutilmente, as teses discorridas, quando se trouxe à baila os dois principais argumentos da judicialização dos direitos sociais: mínimo existencial e reserva do possível. Os dois, indubitavelmente, transitam na esfera do cumprimento dos direitos sociais, sendo que, o primeiro espera o máximo do mínimo por parte da Administração Pública, ao passo que o último é posto como uma forma da esfera pública se esquivar da prestação constitucional.

Como forma de solução para a crise na administração pública, denota-se pela necessidade de alteração no comportamento da esfera jurídica em referência para com os titulares de direitos fundamentais, porquanto apenas com a estreita obediência das premissas teóricas do Estado Constitucional se pode ter a superação da crise em evidência.

REFERÊNCIAS

ARRUDA NETO, Pedro Thomé de. **Direito das Políticas Públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

AUAD, Denise. A Perspectiva Dinâmica do Constitucionalismo. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, v. 7, n. 10951, p.107-126, ago., 2015. Mensal.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BICCA, Carolina Scherer. Judicialização da Política e Ativismo Judicial. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, v. 7, n. 10963, p.1401-1418, ago., 2015. Mensal.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

COSTA, Kerton Nascimento; COSTA, Lucas Nascimento e. A Intervenção do Poder Judiciário na Administração dos Recursos Destinados à Garantia do Direito Coletivo à Saúde: Ativismo ou Concretismo Judicial?. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, v. 85, n. 10957, p.31-53, out., 2013. Mensal.

DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia**. Brasília: UnB, 2001.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FAGUNDES, M. Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FARIAS, Rachel Nunes de Carvalho Farias O Ativismo Judicial e a Ingerência do Poder Judiciário na Escolha de Políticas Públicas. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, v. 7, n. 1067, p.1531-1556, ago. 2015. Mensal.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação Judicial da Discricionariedade Administrativa: no regime jurídico-administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do direito constitucional**: O estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Francisco Pablo Feitosa. Os Princípios Gerais da Administração Pública e o Neoconstitucionalismo: até onde a adesão à doutrina alienígena é válida?. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, v. 7, n. 10985, p.663-683, ago. 2015. Mensal.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos interpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

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

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas**: concretizando a democracia e os direitos fundamentais. Salvador: Juspodivm, 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KELLER, Arno Arnoldo. **A exigibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

LOBO, Ricardo Torres. **O Direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MARGRAF, Alencar Frederico; FERREIRA, Bruna V. L. Programa Bolsa Família: A Distribuição de Renda como Garantia ao Mínimo Existencial. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, v. 961, n. 13361, p.105-126, nov. 2015. Mensal.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. Salvador: Juspodivm, 2008.

MEIRELES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia liberdade igualdade: os três caminhos**. São Paulo: José Olympio, 1945.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NAKAHIRA, Ricardo. Eficácia Horizontal dos Direitos Sociais Prestacionais: Educação e Saúde. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, v. 9, n. 11069, p. 799-876, ago. 2015. Mensal.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Kátia Cristine; COSTA, Jamille Coutinho. Direito à Saúde: da (in)efetividade das políticas públicas à sua judicialização como forma de garantir o mínimo existencial. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, v. 7, n. 10956, p.1247-1268, ago. 2015. Mensal.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SÉRGIO, António. **Democracia: diálogos de doutrina democrática**. 2. ed. Lisboa: Livraria Sá da Costa, 1974.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.